



**HAL**  
open science

## Néolibéralisme et américanisation du droit

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

| Fabien Bottini (Dir.). Néolibéralisme et américanisation du droit. 2019. hal-02452518

**HAL Id: hal-02452518**

**<https://hal.science/hal-02452518v1>**

Submitted on 22 Nov 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Sous la direction de**

*Fabien BOTTINI*

***NÉOLIBÉRALISME ET  
AMÉRICANISATION DU DROIT***





Néolibéralisme et américanisation du droit

Éditions Mare et Martin

Sous la direction de Fabien Bottini

Néolibéralisme et américanisation du droit

Du même auteur :

BOTTINI F., *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Paris, LGDJ 2008, 376 p.

BOTTINI F., *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs* (à paraître en 2019)

BOTTINI F., *Le service public du développement économique*, Paris, LGDJ (à paraître en 2019)

BOTTINI F., *Le Léviathan face à Mammon. Essai sur l'économicisation du droit public*, Paris, Mare & Martin 2019 (en cours d'écriture).

BOTTINI F. (dir.), *L'État interventionniste*, Paris, L'Harmattan 2012, 192 p.

BOTTINI F. (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, Paris, L'Harmattan 2014, 240 p.

BOTTINI F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris, Mare & Martin 2017, 436 p.

BOTTINI F. (dir.), *Droits fondamentaux et crise(s) des solidarités en 2014-2017*, L'Harmattan 2019 (à paraître)

BOTTINI F. (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Paris, Mare & Martin 2019 (à paraître)

BOTTINI F., GABA H. et CHABAL P. (dir.), *Le régionalisme et ses limites : regards croisés franco-kazakhs*, Bruxelles, PIE Peter Lang 2016, 182 p.

GABA H., BOTTINI F., DE RAULIN A. et PASTOREL J.-L. (dir.), *Les relations UE, pays ACP et PTOM : vers la fin d'un cycle*, Nouméa, L'Harmattan 2019 (à paraître).

## REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont aux membres du LexFEIM pour avoir soutenu ce projet.

Ils vont aussi au Professeur Jacques CAILLOSSE et au Doyen Guy QUINTANE qui m'ont fait l'amitié de constituer avec moi le comité scientifique à l'origine du colloque dont sont issus ces actes. Merci pour leur temps, leurs conseils avisés et leur patience.

Ils vont également à tous les collègues, contributeurs et présidents de séance, qui m'ont fait l'honneur de participer à cette manifestation, Mesdames et Messieurs :

- J.-P. LECOQ et A. CANAYER, respectivement Député et Sénatrice de Seine-Maritime ;

- F. DELAPORTE, C. MICHAUT, F. LOBIT et S. LUCIENNE, respectivement Président de la Cour administrative du Grand-Duché du Luxembourg, Président de la Chambre régionale des comptes de Normandie, Sous-Préfet du Havre et Vice-président régional du Syndicat National des Directeurs Généraux des Collectivités Territoriales ;

- les Professeurs S. ADALID ; P. BARBAN ; J. BOUVERESSE ; J. CAILLOSSE ; J. CHEVALLIER ; M. DEBENE ; C. GLINEUR ; J.-F. KERLEO, G. LEBRETON ; J.-M. PONTIER ; L. POTVIN-SOLIS, C. PUIGELIER, A. SEE et L. VIELPEAU ;

- Mes collègues Maître de conférences B. ALLARD ; A. GORAND ; M. BRUNO ; A. CAYOL ; J. CLERCKX ; P. GAST ; G. LÔ ;

- les Docteurs M. BEYE ; F. BONNEVILLE ; M. CUQ ; A. NIANG.

Enfin, mes remerciements vont à Madame Nathalie ZÉMIAC et aux étudiants du Master 2 droit des collectivités territoriales pour leur soutien logistique dans l'organisation de cette manifestation.

# PRÉFACE

Par  
Jean-Marie PONTIER  
Professeur émérite  
de l'Université d'Aix-Marseille

Un pays se définit toujours d'abord par sa géographie, tous les pays ne bénéficient pas des mêmes avantages de celle-ci. Le géographe français P. Pinchemel faisait valoir que la France bénéficie de trois privilèges géographiques, le privilège de la situation (entre le 42°30' et le 51° degré de latitude nord, soit à peu près à égale distance de l'équateur et du pôle), le privilège orographique (plus de 60% du territoire est situé au-dessous de 250 mètres d'altitude), le privilège climatique (la France étant située dans la zone tempérée). La situation et le relief donnent à la France des caractéristiques climatiques uniques en Europe.

Quant à l'histoire de France elle remonte très loin dans le temps, et un historien, P.-M. Duval, a pu évoquer « ce peuplement anonyme, d'origine insaisissable, d'où le fonds de la population française est néanmoins issu ». La France a connu, comme chacun sait, des invasions à plusieurs reprises, des peuples très divers se sont installés sur le territoire de ce qui est aujourd'hui la France. Celle-ci présente de ce fait une grande diversité, G. Duby a pu écrire que la France « se nomme diversité », et c'est tout cela qui a abouti à ce que le même grand historien appelle « l'identité de la France ».

C'est dans ce creuset de cultures, de peuples, de civilisations, que s'est forgée une identité faite d'une multiplicité d'apports qui l'ont peu à peu enrichie. Forte de cette histoire si ancienne en même temps que diversifiée et souvent tourmentée, avec le sentiment largement partagé (et entretenu) que notre pays avait apporté beaucoup au monde dans tous les domaines, la France et les Français pouvaient se sentir protégés des influences extérieures qui ne pouvaient, dans cette appréhension des problèmes, qu'être filtrées et retenues en fonction de notre génie national. Nous avons connu et vu se succéder suffisamment d'idéologies et de doctrines politiques pour penser que nous étions immunisés, à l'abri de toute « contamination ».

Nous nous sommes laissés bercer par une certaine musique et sans doute d'illusions sur l'art de vivre à la française. En 1913 un auteur un peu oublié

aujourd'hui, Henri de Jouvenel, écrivait ainsi : « la France est une terre heureuse, où le sol est généreux, où la fortune est morcelée, où l'artisan est ingénieux ; la politique y est le goût des individus, elle n'est pas la condition de leur vie ». Cette phrase est remarquable à plusieurs titres, car tout est devenu faux ou a disparu. L'auteur écrit comme un homme du XIX<sup>ème</sup> siècle et à bien des égards en 1913 nous sommes toujours au XIX<sup>ème</sup> siècle. Les deux guerres vont broyer les individus et les groupes, défaire les institutions et les équilibres, affaiblir les nations européennes. Elles vont s'accompagner également, du fait de l'arrivée sur le sol français des Américains, de nouvelles manières d'être et de faire. Aujourd'hui, sommes-nous devenus américains, comme l'affirme un auteur (R. Debray, *Civilisation : comment nous sommes devenus américains*, Gallimard 2017) ?

Un certain art de vivre, que l'on continue de célébrer, et qui alimente encore les images d'Epinal, est largement du passé. Que s'est-il passé ? L'hypothèse de départ du colloque dont cet ouvrage est issu, est celle d'une possible ou potentielle influence du néo-libéralisme américain sur la France. L'intitulé est à la forme affirmative, il laisse peut-être place à des interrogations, mais il n'est pas une interrogation, semblant ainsi prendre acte d'un fait. Est-ce le cas ? Et le terme néo-libéralisme, très respectable et qui laisse place à des interprétations variables avec le suffixe « néo », est-il bien adapté ?

De manière un peu brutale peut-être – mais des auteurs américains eux-mêmes ont avancé ce terme, voire l'ont revendiqué (pour la seconde tout au moins) – n'est-ce pas plutôt un impérialisme, une sorte de pax americana à laquelle ne met pas fin, dans le domaine qui nous intéresse, le changement représenté par l'America first dont font preuve les Etats-Unis ? L'impérialisme ne se présente pas, le plus souvent, de nos jours, sous les formes anciennes de la force brutale et de l'anéantissement, il se pare de couleurs plus aimables, il cherche à rendre les choses normales, voire désirables.

Un terme est utilisé depuis bien des décennies en France, celui d'« américanisation ». L'américanisation est le fait de prendre exemple, modèle, sur les Etats-Unis d'Amérique du nord (précision sans doute inutile, mais il existe d'autres « Etats-Unis » dans le monde), de s'en inspirer, de copier ce pays. Un exemple tiré de l'histoire du cinéma nous le montre sous la forme d'une comédie, il s'agit du film *Jour de fête*, de J. Tati, sorti en 1949.

On connaît l'histoire, celle d'un facteur, François (dont le rôle est joué par J. Tati lui-même) dans un petit village du centre de la France. C'est jour de fête au village, les forains s'installent et, parmi eux, un cinéma ambulant comme il y en eut beaucoup dans les années d'après-guerre dans les campagnes françaises. Fasciné, le facteur voit, comme les autres villageois, un documentaire sur les postiers d'Outre-Atlantique qui utilisent des méthodes très modernes (et d'ailleurs fantaisistes) pour la distribution du courrier. Ayant été incité par les villageois à se moderniser, et ayant bu (encouragé par les habitants) sans modération, il se lance avec son vieux vélo dans une course effrénée qui,

multipliant les gaffes, tourne naturellement à la catastrophe. « Comme en Amérique », déclare-t-il à un moment donné. Ce film, qui est un chef-d'œuvre, est une fable qui illustre parfaitement cette attirance que « l'Amérique » (en fait les États-Unis) va exercer sur les Français, comme du reste sur bien d'autres pays.

L'influence d'un pays sur d'autres, lorsqu'elle peut être relevée, est d'abord une influence sur les comportements, c'est une influence culturelle au sens large, influence culturelle qui est sans doute la plus profonde à long terme. L'attrait des États-Unis est sans doute d'abord, dans une première étape, celui pour une certaine « American way of life » avec les images, complaisamment répandues, sur un supposé mode de vie, notamment par le cinéma américain qui, dans les années d'après-guerre, arrive sur le territoire français (les dirigeants français, qui n'ont pas beaucoup le choix, étant contraints, à ce moment-là, d'ouvrir le marché français avec les accords Blum-Byrnes) et montre aux Français surpris et charmés une nouvelle manière de vivre.

C'est tout un imaginaire nouveau qui est offert aux Français, un imaginaire qui vient d'Amérique et qui était étranger, jusque-là, à l'histoire française. Boissons et alimentation américaines se répandent en France comme dans le monde, les séries télévisées, auxquelles le public va rapidement prendre goût, sont principalement des séries américaines. Le plus important dans tout cela est d'abord d'ordre culturel, l'économique suivant ce dernier (c'est pourquoi les États-Unis se sont toujours montrés hostiles à « l'exception culturelle », une exception culturelle fort maladroitement défendue, d'ailleurs, par les Français). Dans les années 80 un auteur, J. Thibau, écrit, dans un ouvrage au titre évocateur (La France colonisée) : « Une des réussites de l'empire américain est d'avoir su créer à travers le monde un homme moyen dépendant des produits culturels de la puissance américaine ». Un modèle « universel » de culture a tendance à se répandre, les consommateurs de culture puisant à une même source.

Il est possible d'objecter que cette culture « mondiale » ou mondialisée qui se met en place et qui caractérise surtout (mais plus seulement) les jeunes générations, est le produit de multiples influences : dans le domaine de la chanson, par exemple, l'Amérique latine, l'Afrique, désormais l'Asie (une partie de celle-ci tout au moins) participent au développement de nouvelles formes de culture. Cela vaut dans le domaine des arts plus généralement.

De la même manière, dans le domaine des sciences, les échanges sont mondialisés, les scientifiques se réunissent pour confronter leurs découvertes et leurs interrogations. Ces échanges sont indispensables pour faire progresser les connaissances, c'est moins une américanisation qu'une internationalisation, la France ne peut pas ne pas y participer, sauf à demeurer « à la traîne ». Les nouvelles « internationales » qui se constituent n'ont pas de frontière, elles ne sont pas américaines ni chinoises, indiennes ou japonaises.

Quoique ... ainsi qu'aurait dit R. Devos. S'il est un point qui n'est guère contesté, c'est le fait que tous ces échanges se font en langue « anglaise », plus

exactement une sorte de « globish » comme l'on a dit, qui ne rehausse sans doute pas le niveau de ladite langue, mais qui affaiblit à coup sûr la langue française. Or, la culture d'un pays est d'abord sa langue, pas seulement dans sa littérature savante, mais dans tous les domaines de la connaissance. Accepter de s'exprimer en « anglais » pour se faire connaître et se faire comprendre, c'est déjà accepter un recul de sa propre culture, cela valant pour d'autres pays que la France.

Ce qui l'emporte, pour l'heure, c'est bien cette culture américaine. Lorsque Eurodisneyland s'est installé en France, ceux qui avaient quelque esprit critique n'ont pas manqué de faire remarquer que même avec des aménagements de façade pour paraître tenir compte des réalités culturelles nationales, c'était bien « l'imaginaire des autres » que l'on mettait en place dans notre pays. D'une certaine manière tous ceux qui allaient se rendre dans ce parc avec leurs enfants participeraient à une vision du passé et du futur empruntée à un autre univers mental.

Aujourd'hui les critiques se sont tues, les familles vont dans ce parc comme dans les autres sans se poser toutes ces questions, qui paraissent probablement sans fondement ou sans intérêt aux intéressés. Est-ce le signe que nous avons accepté définitivement cette influence ? Car ceux qui contestent l'hégémonie américaine, qui veulent un « retour aux sources », qui rêvent d'un monde « naturel » (qui n'a jamais existé) s'alimentent sans toujours le savoir à des sources américaines et ne dédaignent pas fréquenter les parcs en question ni les restaurants à restauration rapide venus également d'Amérique. Il est vrai que, comme le faisait remarquer un auteur anglais (Edward W. Fox, mais n'est-il pas lui-même suspect de partialité ?) les Français sont peut-être un peuple schizophrène.

L'influence, notion large et terme qui provient, un peu bizarrement, de l'astrologie, est ce qui fait pénétrer, ce qui entraîne des modifications, plus ou moins importantes et à plus ou moins long terme. Dès lors pourquoi, si influence il y a, ce qui semble bien être le cas, l'avons-nous acceptée si facilement ? Car si l'ouverture aux autres est souhaitable, si la perméabilité aux cultures et civilisations du monde est source d'enrichissement, c'est à certaines conditions, en particulier celle d'une certaine réciprocité, celle également d'une non-dépendance. Il ne semble pas que cela soit le cas, il est même certain que l'inverse est vrai à l'égard des Etats-Unis.

Si les Français se glorifient volontiers de leur culture (le thème du rayonnement de la France fut un thème classique des compositions de culture générale), et même ont tendance (ils ne sont pas les seuls) à verser facilement dans l'autosatisfaction voire le chauvinisme (terme bien français, même si l'on trouve l'équivalent de la chose dans d'autres pays), « en même temps », ils acceptent peut-être plus facilement que d'autres tout ce qui vient des Etats-Unis. Nous avons tendance à « suivre » les évolutions qui se produisent en Amérique et, tout en dénonçant les travers que nous prêtons à ce pays, nous reproduisons,

avec un certain retard, les défauts de la société américaine (comme le montre la tendance à l'augmentation de l'obésité dans notre pays, par exemple).

L'américanisation peut prendre des formes indirectes ou insidieuses. L'un des traits de notre époque est l'avènement et le développement des réseaux divers et que l'on appelle « sociaux ». Un auteur, américain (R. Castells, L'ère de l'information, 3 t., Fayard 1998-1999), a soutenu la thèse selon laquelle le capitalisme informationnel allait détruire peu à peu les Etats. Ce capitalisme informationnel est celui des grandes entreprises du Net (les GAFA ou GAFAM) qui sont toutes, actuellement, américaines (mais les choses peuvent changer dans l'avenir avec la montée en puissance de la Chine).

Une autre étape a été celle de l'internationalisation, puis de la mondialisation, thème aujourd'hui ressassé s'il en est. Si certains prônent la démondialisation, si des crises économiques, des guerres, des tensions entre pays, ont pu freiner à certains moments cette évolution, si les Etats (tout au moins ceux qui le peuvent) cherchent à se protéger par des mesures protectionnistes plus ou moins indirectes ou souterraines, le monde d'aujourd'hui est largement ouvert. Les personnes, en particulier – tout au moins, là encore, celles qui en ont les moyens, intellectuels ou/et financiers – sont curieuses de connaître le monde, cherchent un « ailleurs » avec des motivations diverses, les échanges humains se sont multipliés, ce dont on ne peut que se réjouir si cela conduit à une meilleure compréhension entre les peuples.

Dans cet espace qui est désormais mondial, tout en demeurant cependant, selon la formule de Mac Luhan, un « village planétaire », les repères traditionnels que nous avons ont tendance à se brouiller ou à s'effacer. Si nous avons théorisé, en France, l'idée de souveraineté depuis le XVIème siècle, cette idée est battue en brèche aujourd'hui, certains voyant émerger « un monde sans souveraineté » (B. Badie) qui trouble le jeu des acteurs et démontre peut-être que ces derniers sont avant tout dans notre monde les entreprises.

L'une des oppositions qui se manifestent est dans ce monde ouvert est celle entre le marché et l'intervention publique. il ne faut certes pas pousser trop loin l'opposition, qui pourrait devenir caricaturale et donc fautive, ce qui occulterait la réalité du problème : l'intervention de l'Etat n'exclut pas le marché, sauf à établir un Etat totalitaire, ce qui n'a jamais été le cas en France, et qui n'est souhaité par personne, et le marché, pour fonctionner normalement, c'est-à-dire pour éviter que la loi du plus fort ne l'emporte, a besoin de l'Etat.

Cependant les Etats – c'est plus spécialement le cas en France parce que nous avons attribué depuis des siècles un rôle important à l'Etat – éprouvent des difficultés pour contrôler certaines activités, pour les soumettre par exemple à l'impôt. Le cas des entreprises de communication et de l'internet est très significatif à cet égard, les taxer (la France a décidé de le faire à partir de 2019, nous verrons quelle en sera l'effectivité et quels en seront les résultats) se révèle difficile, les contrôler encore plus, dès lors que l'Etat est un Etat démocratique.

La notion de marché est devenue prépondérante. Le droit français connaissait le marché, c'était le cadre des relations entre agents économiques. En droit public, les marchés étaient également une notion traditionnelle à travers le droit des marchés publics, ces derniers étant même, en vertu de textes de 1800, des contrats administratifs par détermination de la loi. Mais précisément des marchés publics étaient des marchés régis par un droit exorbitant, un droit commandé par l'intérêt public de la collectivité, et le marché était très encadré. Le protectionnisme qui caractérisa longtemps notre pays (notamment, pour en rester à l'époque moderne, le « tarif Méline », qui institua un véritable rempart douanier autour de la France) déterminait un marché très particulier, encadré en même temps que protégé par l'Etat.

Plusieurs évolutions ont condamné ce protectionnisme, qui a si longtemps marqué notre pays que certains, individus, partis ou entreprises, sont encore sensibles à sa musique. Le Marché commun, auquel ont succédé la Communauté économique européenne puis l'Union européenne, est d'abord, comme son nom l'indique bien, un marché, dont l'un des principes majeurs est la libre circulation des biens, des services et des hommes, l'ambition de ses créateurs étant d'instituer un vaste marché à l'échelle de cette Europe. Même avec les corrections que les autorités communautaires ont tenté d'apporter ensuite, cette union demeure d'abord commandée par cette idée de libre circulation, de marché, avec toutes les conséquences que cela implique, en particulier sur le plan juridique.

Il s'agit ici de réfléchir à l'influence américaine sur le droit, mais quel droit ? Tout notre droit est-il concerné ? Trois remarques peuvent être faites. En premier, et comme l'a fort bien fait remarquer J. Caillosse, c'est le droit public qui est en première ligne, tout simplement parce que, à travers lui, ce sont des résistances au marché et une conception opposée à celui-ci qui se manifestent. En deux, on pourra observer que le droit privé est également touché mais que, à travers le droit privé, c'est encore le droit public qui est en jeu. En trois, le cœur ultime de l'influence, l'enjeu déterminant, c'est l'Etat.

Le droit français pouvait se sentir préservé. Héritier principalement du monde romain, à l'origine d'un droit qui fut peut-être le droit le plus perfectionné de l'Antiquité, ayant connu une maturation qui fut soumise à diverses influences pendant des siècles, le droit français, relevant du droit romano-germanique, était assuré de lui-même. Un large fossé paraissait le distinguer définitivement de la common law régie par des principes très différents de ceux qui s'étaient forgés et progressivement imposés en France. Le caractère largement écrit de ce droit – fût-il jurisprudentiel, comme le fut le droit administratif pendant plus d'un siècle – la multiplication même des règles dont se désolaient aussi bien les juristes que les juges eux-mêmes, semblaient être un rempart infranchissable à l'invasion ou la simple imprégnation de règles venues d'ailleurs.

Nous paraissions prémunis, avec ce qui fait (ou faisait) la fierté des juristes de droit public, l'intérêt général et le service public. Héritiers d'une longue

tradition qui remonte à plusieurs siècles, et déjà sous l'Ancien Régime, voire au Moyen Âge, nous avons toujours affirmé la suprématie de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, la puissance publique, c'est-à-dire, dans la tradition française, principalement l'Etat, étant considérée comme assurant le mieux cet intérêt général. Le service public était l'expression privilégiée de cet intérêt général. La jurisprudence évolutive et compréhensive du juge administratif avait admis logiquement (mais cela avait déjà été dit par un grand juriste) que l'Etat n'a pas le monopole de l'intérêt général, que des personnes privées pouvaient, elles aussi, poursuivre cet intérêt, mais l'Etat veillait toujours à l'arrière-plan, un certain contrôle étant exercé. Un équilibre semblait avoir été atteint, équilibre par définition instable, toujours à reprendre, à redéfinir, mais qui révélait une originalité française par rapport au monde anglo-saxon.

Aujourd'hui, l'Etat fait l'objet d'une désaffection, on pourrait presque parler d'un désamour. Les Français attendent toujours beaucoup de lui, mais ils estiment qu'il ne remplit plus son rôle de manière satisfaisante : des services publics ferment, notamment en milieu rural, qui a fait l'objet d'un véritable abandon des pouvoirs publics, les services publics existants sont considérés comme ne fonctionnant plus comme ils le devraient.

L'attente à l'égard des services publics n'a pas diminué, à l'inverse elle a grandi, et la notion de service public a triomphé, dans la mesure où elle n'est plus seulement, peut-être plus principalement, juridique et contentieuse mais politique au sens large du terme, les citoyens s'étant appropriés cette notion, qui s'est par là-même diluée. Mais c'est la déception qui l'a emporté. Il est toujours possible de discuter du bien-fondé des appréciations portées, des services publics nombreux ont vu le jour, mais ce qui importe c'est le sentiment éprouvé par les citoyens, c'est, nonobstant les textes qui affirment, en utilisant un peu la méthode Coué, « une société de confiance », la perte de confiance dans l'Etat et dans ceux qui le dirigent.

Nous sommes donc beaucoup plus réceptifs aux influences étrangères que nous ne le fumes, ce qui présente sans doute des avantages, en particulier celui d'un certain « désenclavement » d'un monde fermé qui fut le nôtre, monde qui fut économique et aussi en partie culturel. Cela emporte également des inconvénients, nos principes, nos règles, étant confrontés à ceux d'autres pays, en fait à ceux des pays anglo-saxons, au premier chef desquels les Etats-Unis. Le droit français sous ses différentes formes et ses différentes disciplines apparaît fragilisé par rapport à celui des Etats-Unis.

Les comparaisons internationales, à travers les divers classements de tous ordres, ne sont pas favorables à la France, elles le sont d'autant moins que toutes les comparaisons se font pratiquement à partir de la langue anglaise, ce qui laisse de côté l'essentiel de la littérature juridique française. Au surplus certains droits qui apparaissent, selon la formule convenue, « franco-français », tels le droit administratif, sont difficiles à comprendre pour les anglo-saxons, malgré (paradoxalement en apparence) le fait que ce droit ait été, historiquement, un

droit principalement jurisprudentiel, et le « droit administratif mondial » dont certains souhaitent l'avènement et que d'autres entrevoient, est très éloigné du droit administratif français. La faiblesse du droit français, et plus encore celles des acteurs, même (et surtout) économiques à l'échelon international est patente à travers, par exemple, l'extra-territorialité des règles américaines liée au paiement en dollars des contrats passés par les entreprises, américaines ou pas.

L'influence du néo-libéralisme se présente comme un renouvellement du libéralisme, lequel a notamment pour expression actuelle l'affirmation des droits subjectifs. Il est d'usage de dire que l'Amérique est la terre du libéralisme, ce libéralisme étant à la fois le libéralisme politique, le libéralisme économique auquel il faut ajouter, pour une partie des Américains, le libéralisme sociétal : il n'est plus évident, aujourd'hui, qu'il y ait consensus aux Etats-Unis sur cette troisième forme du libéralisme, alors que les deux premières sont très largement partagées, quelles que soient les convictions des individus.

La France présente un profil historiquement différent. Le libéralisme politique s'est progressivement développé après la Révolution, il a pu apparaître aux yeux de certains comme les bénéficiaires et les vainqueurs de celle-ci. En revanche la France a rarement été libérale sur le plan économique, si tant est même qu'elle l'ait été un jour. Les pouvoirs publics sont toujours intervenus d'une manière ou d'une autre, les citoyens attendent de leur Etat qu'il assure la justice, ce qui se traduit par une intervention dans la répartition des richesses et dans le commerce.

Le goût de l'égalité que Tocqueville a admirablement mis en lumière est l'une des explications, mais d'autres ont pu être données, le « fait » que constitue la demande sociale récurrente d'intervention n'étant guère discutée. Si certains, dans notre pays (plus encore aux Etats-Unis), ont soutenu que le libéralisme était « un », que l'on ne pouvait dissocier le libéralisme politique et le libéralisme économique, beaucoup, parmi les penseurs comme parmi les politiques, estiment cette dissociation parfaitement possible, la seule question étant celle de savoir jusqu'où l'Etat peut aller sans mettre en cause les principes démocratiques dont il se réclame. L'une des difficultés du pouvoir, en France, est de maintenir une certaine intervention de l'Etat face à la pression du libéralisme économique.

La pression du libéralisme sous ses formes les plus fortes, les plus extrêmes, ne s'est pas seulement manifestée par la reconnaissance de droits politiques, puis de droits économiques et sociaux au profit des individus, elle a contribué à une affirmation de plus en plus forte des droits subjectifs. Que les individus disposent de droits subjectifs n'a jamais été contesté depuis que notre système est devenu démocratique, c'est l'extension constante de ces droits subjectifs, sous l'influence notamment du système de droits anglo-saxon. En particulier la notion, dégagée par le juge constitutionnel, reconnue par le juge administratif, de liberté personnelle, soulève de nouvelles interrogations.

Le droit public français était plutôt un droit objectif, même s'il ne niait pas l'existence de droits subjectifs au profit des individus, parce qu'il était un droit

de protection de l'intérêt général, ce dernier devant l'emporter sur les intérêts privés. Le recours pour excès de pouvoir, même s'il n'excluait pas une dimension subjective, était ainsi un recours présenté comme un recours objectif. Peu à peu ce droit s'est transformé pour reconnaître les droits subjectifs, et ceci a pu apparaître dans une certaine mesure comme un progrès.

Si la question qui précède est sensible, voire polémique, nombreux sont les domaines dans lesquels une influence est perceptible. L'enseignement en est un, notamment l'enseignement supérieur, réformé régulièrement en vue d'améliorer son « efficacité », son « efficience » (terme d'abord économique et qui a gagné tous les autres domaines) par rapport aux autres pays. Les regroupements d'universités, pour constituer parfois des monstres par leur dimension, sont motivés par le souci de remonter dans les classements internationaux. La préoccupation d'efficacité est désormais présente dans toutes les administrations, quels que soient les termes utilisés, la notion de « gouvernance » paraissant plus respectable et faisant en apparence plus « français ». Ce n'est pas seulement la France qui est emportée dans ce tourbillon mais tous les pays, et il devient difficile de savoir quel est le pays qui entraîne les autres et les influence.

Mais il est tout aussi incontestable que les procédés traditionnels d'intervention de la puissance publique sont moins à la mode, voire sont rejetés. L'éclat de la notion autrefois prestigieuse de « prérogatives de puissance publique » a pâli, au point de s'effacer peu à peu. Les notions à la mode, modernes, sont celles de régulation, d'arbitrage, de « co-construction » des politiques, des notions empruntées, directement ou indirectement, au monde anglo-saxon. La liberté revendiquée trouve un terrain de prédilection avec la liberté contractuelle.

Sur le plan juridique le contrat l'emporte sur l'institution, cela vaut pour les individus comme pour les collectivités publiques. Du côté des premiers on met en avant l'autonomie de la volonté de la personne, qui doit l'emporter sur toute autre considération. L'autonomie de la personne doit emporter la nécessaire reconnaissance par l'Etat de l'autonomie de la volonté dans tous les domaines.

Dans la conception américaine tout peut s'acheter et se vendre dès lors qu'il y a des acheteurs d'un côté et des vendeurs de l'autre. Les demandes en matière de bioéthique s'inscrivent facilement dans cette perspective. Le droit se transforme, il est pensé comme devant être, sous les influences anglo-saxonnes, l'expression du désir. Ainsi que le montre fort bien M.-A. Frison-Roche (GPA : dire OUI ou dire NON, Dalloz 2018), dans la GPA c'est le marché qui commande, ce sont les entreprises qui sont les bénéficiaires de cette reconnaissance de GPA. Ce n'est pas, dit encore l'auteur, une question relevant du droit de la famille, mais du droit des affaires, et en cela nous sommes bien dans le cadre d'une conception venue d'ailleurs.

Quelques auteurs qui n'ont pas succombé aux charmes de cette revendication d'autonomie dans tous les domaines rappellent que dans ce qui peut apparaître comme l'expression de la plus grande liberté ce sont les plus forts

qui l'emportent nécessairement sur les plus faibles. Aujourd'hui comme hier la liberté contractuelle peut être un leurre. Et revient alors à l'esprit la célèbre formule de Lacordaire sur la loi qui libère et la liberté qui opprime.

Du côté des collectivités publiques c'est également le contrat qui est désormais paré de toutes les vertus, en particulier dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Nous serions parvenus, grâce au contrat, à une véritable égalité entre le premier et les seconds. Mais outre que l'on peut se demander si c'est de cela qu'il s'agit ou doit s'agir, c'est moins le contrat que la contractualisation qui se développe et qui demeure, sans que l'on puisse s'en étonner, marquée d'une forte ambiguïté.

Certains croient pouvoir se rassurer en invoquant le « régalien » dont le seul énoncé signifierait la distinction d'avec ce qui ne l'est pas, donc la préservation d'une spécificité de l'Etat. Mais il s'agit encore d'une illusion, ce terme ancien opportunément revenu à la mode n'étant peut-être que le cache-misère d'un Etat dont plus personne ne sait exactement ce qu'il doit faire et comment il doit le faire.

« Que faire ? », formule célèbre reprise par de nombreux penseurs et qui résume le questionnement suggéré par l'intitulé du colloque. Nous ne pouvons, dans ces rapports avec le monde anglo-saxon et plus spécialement les Etats-Unis, jouer aux « irréductibles Gaulois », cela ne peut se faire avec succès que dans la bande dessinée. Il n'est pas obligatoire pour autant de souscrire à tout ce qui est nouveau, de rejeter aux orties l'héritage ancien au motif que c'est démodé, de chercher à se précipiter aux avant-gardes pour éviter d'être taxé d'arrière-garde, car à ce jeu, comme dans le domaine de l'art, on est toujours dépassé par d'autres. Reste, et c'est le plus difficile, à définir l'équilibre que nous souhaitons établir entre ce que nous pouvons et devons garder, ce que nous devons abandonner, et ce que nous devons amender. C'est tout le mérite d'un colloque tel que celui-ci de pouvoir avancer dans cette recherche, et il faut remercier F. Bottini de l'avoir organisé, prolongeant ainsi la réflexion engagée dans un précédent colloque.

# MODÈLE, CONTRE-MODÈLE, ANTI-MODÈLE ? A PROPOS DU PHÉNOMÈNE D'ÉCONOMICISATION DU DROIT PARTI DES ÉTATS-UNIS

(Propos introductifs)

Par

Fabien BOTTINI

Docteur en droit public

Directeur-adjoint du LexFEIM (EA 1013)

Responsable pédagogique du Master

Droit des Collectivités territoriales

Président de la Section droit et science politique

de l'Université Le Havre-Normandie

N'assisterions-nous pas, en Europe, à la fin de notre monde du fait de l'asservissement souvent volontaire des États – dont la France – à la civilisation américaine, comme l'affirme Régis Debray dans son dernier ouvrage<sup>1</sup> ?

Si certains historiens avaient déjà pu souligner combien l'Europe était désormais « génératrice d'américanité »<sup>2</sup>, c'est parce que le débarquement des GI's américains en Normandie, au sortir de la seconde guerre mondiale, a aussi été l'occasion pour un certain nombre de produits « *made in USA* » de pénétrer le marché continental. Probablement sans le savoir, ces soldats ont été, au travers des *Lucky strike*, *chewing-gum*, bouteilles de *Coca cola* et autres denrées qu'ils ont distribué à la Libération, le fer de lance d'une politique commerciale destinée à faire du vieux continent un débouché pour les entreprises américaines. Esquissée dès la Charte de l'Atlantique de 1941, cette politique a tout autant tendu à faire de l'interdépendance des économies nationales la condition de la paix dans le monde à l'issue du conflit qu'à servir les intérêts américains. D'abord dictée par les événements, l'entreprise s'est trouvée confortée en droit, lors de la conclusion des accords du GATT. Car ces derniers ont été l'occasion pour les États-Unis d'obtenir des pays européens la signature d'accords de libre-échanges leur garantissant un droit de transit sur leur territoire et le bénéfice du

---

<sup>1</sup> Debray R., *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, Gallimard 2017.

<sup>2</sup> Barjot D. et Réveillard C., *L'américanisation de l'Europe occidentale au XXe siècle*, PPS 2002.

régime dit de la nation la plus favorisée (M. Bruno). La conclusion des traités fondateurs de la construction communautaire et l'action des grandes organisations internationales (PNUD, FMI, Banque mondiale, etc.) sont par la suite venues développer les échanges entre les deux continents dans le contexte de la guerre froide (F. Bonneville ; M. Bruno ; M. Debène), avant que l'extraterritorialité des lois américaines et la négociation du traité commercial dit de « nouvelle génération » EU/UE (TTIP) ne cherchent à nouveau à renforcer leurs relations commerciales dans un sens conforme aux intérêts américains (J.-P. Lecoq ; P. Gast. M. Bruno ; G. Quintane).

Cette évolution ayant commencé avec l'opération *Overlord* qui s'est déroulée du 6 juin au 12 septembre 1944 et s'est soldée par la libération du... Havre<sup>3</sup>, il faisait sens que le LexFEIM de l'Université Le Havre-Normandie s'intéresse à la relation qui unit *Néolibéralisme et américanisation du droit*. Ce sujet s'est ainsi trouvé intégré à son nouveau cycle d'études dédié à la relation de l'État et du marché (v. *L'État interventionniste*, L'Harmattan 2012 ; *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, L'Harmattan 2014 ; *Néolibéralisme et droit public*, Mare & Martin 2017).

Disons-le d'emblée, le choix de ce thème était audacieux dans la mesure où des juristes de renom avaient déjà interrogé le phénomène d'américanisation du droit en 1990, 2001 et 2013, à la suite des travaux lancés par la professeure M.-A. Frison-Roche<sup>4</sup>. Le projet devant présenter une véritable plus-value pour être pertinent, la décision a été prise de renouveler la problématique en l'examinant à l'aune des idées néolibérales. Mais questionner la relation du néolibéralisme et de l'américanisation du droit français revenait à inviter les participants à se livrer à une partie de « billard à trois bandes » et à au moins deux inconnues : en apparence rendu familier au commun des mortels par les séries télévisuelles du pays, le droit américain reste finalement assez peu accessible, du fait de la réserve de compétences des États fédérés sur le traitement juridique de nombreuses questions, de la spécificité des approches au sein de chacun d'eux et du poids de la *Common Law* dans le système judiciaire du pays. A tel point qu'il paraît à certains égards plus juste de parler de droits américains au pluriel en additionnant les 50 droits des États fédérés et celui de l'État fédéral (A. Cayol ; A. Gorand et L. Vielpeau ; G. Quintane ; B. Daugeron). De même, le néolibéralisme est une doctrine d'une grande plasticité dans laquelle se mêlent des courants somme toute très différents, qui vont du rejet radical de l'interventionnisme public (tendances libertariennes des écoles paléo-libérales) à l'instrumentalisation de l'action étatique (écoles stato-libérales). Leur seul point commun est de faire du

---

<sup>3</sup> Barjot D. et Réveillard C., *op. cit.*, p. 11.

<sup>4</sup> V. Frison-Roche M.-A. (dir.), « L'américanisation du droit français », Colloque du Tribunal de grande instance de Créteil du 22 octobre 1990 ; *L'américanisation du droit*, APD, t. 45, Dalloz, 2001 ; Mbongo P. (dir.), *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine : entre points de fixation, représentations et impensés*, Mission de recherche Droit et Justice, 2013.

marché le moteur du progrès économique et social comme l'a montré Michel Foucault (J. Caillousse ; J. Chevallier ; A. Niang).

Face à ces difficultés, l'auteur de ces lignes tient à remercier le **GIP-Justice** pour son soutien à cette manifestation et tous les enseignants-chercheurs, professionnels du droit et personnalités politiques qui ont accepté de financer, soutenir et réfléchir à ce sujet.

Conformément à l'approche qui a sous-tendu les colloques précédents, il s'est agi de le faire dans une démarche pluraliste, intergénérationnelle et pluridisciplinaire. C'est la raison pour laquelle y ont participé des personnalités politiques de convictions différentes ; des professionnels du droit issus d'administrations ou de juridictions nationales ou étrangères ; des enseignants chercheurs – pour certains Émérites – auxquels se sont mêlés de jeunes docteurs et des spécialistes des sections 01, 02 et 03 du CNU.

Une question liminaire s'est vite posée : celle de savoir s'il était pertinent de comparer un État unitaire comme la France à un État fédéral comme les États-Unis (B. Daugeron). Sachant que l'un est un État au sein d'un continent et l'autre un État continent, n'aurait-il pas été plus opportun de confronter le droit américain au droit de l'UE tant la construction progressive des États-Unis d'Europe devait, pour un Jean Monnet, constituer le but ultime du processus communautaire (M. Bruno ; L. Potvin-Solis) ? Le soubassement (néo)libéral du droit américain étant une clé de la prospérité économique du pays, une telle comparaison fait effectivement sens, dans la mesure où nombre de ses solutions sont reprises par le droit européen aux fins de consolidation du marché unique. Sans compter que le droit de l'UE influence désormais en retour le droit américain, comme le montre l'évolution des règles fédérales sur le brevet (F. Bottini). C'est pourquoi plusieurs contributions s'attèlent chemin faisant à cette confrontation (v. notamment L. Potvin-Solis). Mais celle-ci a aussi ses limites : car l'Union n'est au mieux qu'une fédération en devenir alors que les EU sont un État fédéral ; les États membres de l'UE conservent l'essentiel des missions de souveraineté alors que les États fédérés en sont dépossédés depuis 1787, etc. (M. Bruno). En outre, le droit de l'UE est lui-même inspiré par certaines solutions du droit français, comme cela ressort à nouveau des règles applicables au brevet européen (F. Bottini). N'aurait-il alors pas fallu étendre la comparaison à d'autres États, compte-tenu du rapprochement des systèmes juridiques européens opéré par le truchement de l'UE et de la montée en puissance du droit des nouvelles puissances régionales comme la Chine, l'Inde, le Japon ou encore l'Allemagne, etc. (F. Bottini ; M. Bruno ; C. Puigelier) ? Si l'influence d'autres traditions juridiques sur l'évolution du droit français se déduit effectivement de certains rapports parlementaires, le rôle joué par les États-Unis sur le contenu de l'accord de Paris signé à l'issue de la COP 21 suffit à montrer s'il en était besoin combien ils continuent malgré tout d'exercer une influence particulière sur le droit des pays tiers, dont la France (M. Cuq). A cela s'ajoute que les autres États subissent eux aussi l'ambition hégémonique du

modèle américain. De sorte que leur influence traduit parfois en creux celle de ce dernier (J. Chevallier). Pour ces raisons, le choix a donc été fait de centrer l'étude sur une comparaison avec le système américain. D'autant que depuis les grandes révolutions du XIXe siècle, la France et les États-Unis sont placés en miroir compte-tenu de leur rayonnement respectif sur les autres pays du monde. Les deux États ont en commun d'avoir inspiré d'autres traditions juridiques par-delà leurs frontières, comme cela ressort de la diffusion de leur modèle de fonction publique, le système français de la carrière et le système américain de l'emploi. Aux États-Unis « terre de liberté » s'est en quelque sorte toujours opposée la France « Patrie des droits de l'homme », sur fond de libéralisme politique et économique. Les principes libéraux furent en effet très tôt intégrés dans le droit positif des deux pays. A la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 a répondu la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la loi le Chapelier du 14 juin 1791 et les dispositions du Code civil napoléonien de 1804 sur la propriété (art. 544) et la liberté contractuelle (art. 1108 s. devenus les art. 1101 s.) (P. Gast ; B. Daugeron).

Une autre difficulté a consisté à clarifier la relation qui unit le concept d'américanisation aux idées néolibérales. A l'origine forgé par les pays d'Amérique latine, pour dénoncer la diffusion en leur sein des valeurs de leur voisin, le concept renvoie à deux idées forces, qu'on peut résumer sous la forme d'un slogan : « l'individualisme comme philosophie et le pragmatisme comme méthode » (G. Lô. V. aussi F. Bonneville). Elles recourent ainsi les postulats néolibéraux d'exaltation de l'autonomie individuelle, de valorisation de la rationalité économique par rapport à la rationalité politique et de primauté des mécanismes du marché sur l'interventionnisme étatique (J. Chevallier ; J. Caillousse ; A. Niang ; B. Allard). Le concept d'américanisation et les idées néolibérales ne se confondent toutefois pas pour autant. Car le concept renvoie à l'exportation juridique d'un modèle économique à l'origine subi mais de plus en plus contesté au profit de modèles alternatifs se réclamant pour certains également du néolibéralisme et portés par le droit d'autres États ou régions du monde – comme la France ou l'UE (M. Cuq ; F. Bottini). Dès le XVIIIe siècle, France et États-Unis ne tirent d'ailleurs pas les mêmes conséquences des postulats libéraux (J. Bouveresse ; P. Gast). Par la suite, la France s'est révélée perméable aux XIXe-XXe siècles aux idées socialistes contre lesquelles les États-Unis ont violemment lutté avec le « Maccarthysme ». D'où les particularités respectives des deux pays qui fascinent depuis Tocqueville et son étude *De la démocratie en Amérique* (B. Daugeron ; F. Bottini ; J. Bouveresse ; F. Delaporte ; P. Gast).

Les actes rassemblés ici ne font ainsi que perpétuer cette tradition en la renouvelant, à un moment où, comme l'expliquait la ministre de la Justice Christine Tobira, « une bataille d'influence » – « quotidienne et permanente » – « se livre (...) entre notre droit continental (...) et ce que l'on appelle la *common law* » notamment américaine (A. Cayol). Il s'est toutefois agi d'envisager la

question sous tous les angles en prenant garde de ne pas voir forcément l'influence américaine comme quelque chose de négatif (P. Barban). Car si la question est finalement revenue à s'interroger sur le phénomène d'économicisation véhiculé par le rayonnement du droit américain – entendue comme la mise du droit au service de l'objectif de bon fonctionnement du marché – ce dernier sert en réalité autant de modèle (I), de contre-modèle (II) que d'anti-modèle (III) au droit français.

## I. UN MODÈLE

Selon la Fondation pour le droit continental, 75% des transactions mondiales se font en une *common law* d'inspiration américaine (G. Quintane). Cet état de fait participe du *soft power* américain qui, conjugué avec les ressources militaires, diplomatiques, économiques, financières du pays, explique que, bon gré mal gré, le droit français a fini par céder à certaines évolutions inspirées par sa tradition juridico-économique (F. Bottini ; J. Caillosse ; A. Canayer ; M. Cuq). Parmi les évolutions sensibles se trouvent le renforcement de la garantie des droits (A) et le culte de la performance (B).

### A. LA GARANTIE DES DROITS

Déjà Tocqueville le constatait en son temps : « l'esprit d'entreprise (...) semble le caractère distinctif de » la société américaine. C'est pourquoi le droit américain a très tôt eu le souci de la garantie des libertés et droits fondamentaux, dans la mesure où il pense le droit comme « un pouvoir de l'individu » (G. Quintane ; G. Lô). Son exemple a ainsi contribué à une inflexion profonde de la conception française de l'État et de la relation gouvernant-gouverné avec la mise à contribution du système juridique et judiciaire au bon fonctionnement du marché (F. Bonneville).

Juridique, car la hiérarchie des normes s'est trouvée enrichie avec la consécration au niveau conventionnel et constitutionnel des droits subjectifs dont le respect est nécessaire au développement de l'initiative privée et au bon fonctionnement du marché. La liberté d'entreprise, le droit de propriété, la liberté contractuelle... sont autant de droits économiques fondamentaux désormais protégés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Or, l'exemple de la liberté contractuelle montre bien qu'au-delà du droit, c'est une certaine conception de l'économie qu'il s'agit de promouvoir, dès lors que le contrat est « conçu comme un instrument économique » outre-Atlantique. De même, la subjectivisation des droits impulsés par le modèle américain est à l'origine de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation considérant que la convention de gestation pour autrui ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance. Mais ce n'est pas le seul impact de l'influence américaine. Celle-ci est également

à l'origine de la diffusion dans l'ordre interne d'une autre conception de l'intérêt général qui conduit à concurrencer l'idée traditionnelle de réglementation par celle de régulation. Alors que la première implique une relation verticale gouvernant/gouverné, la dernière repose sur une relation horizontale qui privilégie, outre l'association des destinataires de la norme à son élaboration, le recours aux mesures de droit mou : aux lignes directrices s'ajoutent désormais le *name and shame* ou le *nudge* dont la juridicité ne peut être admise qu'au prix d'une redéfinition de ce qu'est le droit et de qui peut le créer. Son critère ne tient plus seulement au caractère contraignant d'une règle, mais à sa faculté d'atteindre les objectifs dans 100% des cas. Son auteur n'est en outre plus forcément l'État (J.-F. Kerléo ; A. Gorand ; L. Vielpeau ; S. Lucienne ; A. Sée).

A cette mise à contribution du système juridique, s'ajoute celle du système judiciaire. Le juge est érigé en garant du bon fonctionnement du marché. Il lui revient pour cette raison d'assurer une prise en compte accru des intérêts particuliers. Ceux-ci sont désormais mis en balance avec les intérêts publics pour apprécier la validité de certaines décisions administratives. Mais ils sont également examinés à l'aune des autres intérêts privés. La transposition partielle de la *mitigation of damage* en droit français permet ainsi aux juridictions de déduire du montant de l'indemnisation de la victime la part qui correspond à sa propre faute, hors dommage corporel tout du moins. Le juge, même indépendant, même lorsqu'il siège dans un tribunal impartial, reste toutefois un serviteur de l'État sujet pour cette raison à suspicion. C'est pourquoi cette judiciarisation s'accompagne de limites également dérivées de l'exemple américain. Celui-ci conduit à encadrer strictement les actions de groupe et à écarter le juge au profit d'autres mécanismes de règlement des conflits, davantage plébiscités par les opérateurs économiques, comme l'arbitrage et les autorités administratives (ou publiques) indépendantes (B. Allard ; F. Bonneville ; J. Chevallier ; A. Niang).

## B. LE CULTE DE LA PERFORMANCE

Le modèle américain est également à l'origine de l'introduction du culte de la performance dans l'action publique. L'État étant assimilé à une entreprise comme une autre, il lui faut s'en remettre aux bienfaits de la concurrence pour être efficace et efficient.

Les vertus de la concurrence expliquent l'invitation faite aux administrations de délaisser la régie au profit d'autres modes de gestion du service public, chaque fois que c'est possible. Au niveau local, une telle injonction se heurte au principe de libre administration. Mais la baisse des dotations de l'État au moment où se trouvait multipliée la palette des entreprises publiques à la disposition des administrations et refondu le droit de la commande publique ; l'entrée de certaines activités dans le domaine concurrentiel organisée par la Directive 2006/123/CE DU parlement européen et du conseil du

12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur... toutes ces mesures constituent autant de *nudges* destinés à orienter le comportement des administrations locales en ce sens (S. Lucienne). Ces dernières sont ainsi amenées à s'étudier les unes les autres pour que leur territoire reste attractif et les opérateurs économiques à les mettre en concurrence de façon à s'installer là où l'offre de service public leur paraîtra la plus performante par rapport à leurs besoins. Aucun secteur d'activité ne semble épargné : l'enseignement élémentaire, primaire, secondaire comme supérieur est touché. S'agissant du premier, les formules du type « ne laisser personne au bord du chemin » que l'on retrouve dans le discours politique et les projets d'établissement est une traduction approximative du slogan popularisé par la loi fédérale de 2002 « *No child left behind* » dont l'approche concurrentielle était parfaitement assumée. Quant à l'enseignement supérieur, les transformations sont encore plus impressionnantes : le régime du doctorat a été aligné sur celui du *PhD* américain ; l'évaluation des laboratoires et des chercheurs a été systématisée et renforcée ; le fléchage des financements sur des projets pouvant servir la mise en œuvre des politiques publiques arrêtées au niveau européen, national ou local est devenu la norme : le tout au nom de la compétitivité de la recherche française qui doit servir de moteur à l'économie de la connaissance de demain<sup>5</sup> (C. Puigelier ; M. Debène ; F. Bottini).

L'objectif ultime de cette mise en concurrence est l'obtention d'une action publique efficace et efficiente où les dépenses sont justifiées à l'euro prêt. Un tel objectif répond aux aspirations populaires encore illustrées fin 2018 par le mouvement « des gilets jaunes ». Car il constitue la contrepartie du consentement des contribuables aux différents impôts dont ils s'acquittent pour financer les dépenses d'administration. Les procédés mis en avant pour atteindre cet objectif confirment toutefois l'influence du modèle américain sur le droit français : après avoir expérimenté le *rating*, c'est-à-dire la notation financière qui leur permet d'emprunter à des taux d'intérêts avantageux, les organismes publics sont invités à recourir à la certification afin de remédier à toute irrégularité avant l'arrêté des comptes. Autant de procédés innovants en droit français traditionnellement attaché au modèle juridictionnel de contrôle des comptes et des gestions publiques (C. Michaut).

Bien que la façon dont ils sont mis en œuvre soit parfois sujette à débats, ces objectifs ne sont pas contestables en eux-mêmes. En s'inspirant du modèle américain, le droit français reste toutefois fidèle à l'héritage de Voltaire : il existe, comme l'illustre auteur l'avait fait remarquer en son temps, des lois utiles qui viennent d'ailleurs<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sur cette question v. Etchegoyen A., *Regards prospectifs sur l'État stratège*, t. 1, DF 2004, p. 1.

<sup>6</sup> Voltaire, *Fragment d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande*, 1742.

Ce serait toutefois une erreur de s'arrêter à ce constat. Car les États-Unis sont également une source d'inspiration *a contrario* : ils servent autant de modèle que de contre-modèle.

## II. UN CONTRE-MODÈLE

L'exemple américain sert aussi en creux au droit français pour arrêter des solutions volontairement différentes de celles qu'il propose. L'intelligence économique développée outre-Atlantique est notamment mobilisée pour permettre à l'Hexagone de marquer son originalité dans la guerre des droits que se livrent les deux pays et gagner en attractivité par rapport à lui (F. Lobit). Parmi elles figurent, l'attachement de la France à un intérêt général transcendant (A) dont découle un droit public des affaires (B).

### A. L'INTERET GENERAL TRANSCENDANT

Dès la Révolution, la France place la « fraternité »<sup>7</sup> au cœur de ses préoccupations. Sous la IIIe République, Émile Durkheim fait du « droit » un « vecteur de valeurs morales et sociales » étant entendu qu'« est moral, ce qui est source de solidarité, tout ce qui force l'homme à régler ses mouvements sur autre chose que les impulsions de son égoïsme » (A. Cayol. V. aussi J. Bouveresse).

Ces considérations expliquent l'originalité de la conception française de l'intérêt général par rapport à la conception américaine : alors que cette dernière croit aux vertus de la main invisible d'Adam Smith, la première se rallie davantage aux idées de Jean-Jacques Rousseau. Tandis que la première fait de l'intérêt général la somme des intérêts individuels, la seconde y voit leur dépassement. Alors que la conception américaine repose sur l'ajustement automatique des intérêts individuels par le jeu du marché, la conception française s'en remet à l'État, ses services publics et leurs préposés pour satisfaire le bien commun.

Or, cette conception française de l'intérêt général reste dominante malgré certaines concessions à la conception américaine. L'État tend certes à se dégager toujours plus en tant qu'opérateur économique d'un certain nombre de secteurs. Ce qui se traduit en chiffre avec la diminution du poids du secteur public dans l'économie : non seulement seules 77 entreprises publiques demeuraient en 2017 au niveau national (contre 88 en 2013) mais le gouvernement Philippe annonçait en 2018 de nouvelles privatisations à l'occasion de l'examen du projet de loi PACTE (pour « plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises »<sup>8</sup>). Son désengagement donne toutefois dans le même temps à l'État une nouvelle légitimité pour se présenter comme un arbitre impartial, comme le

---

<sup>7</sup> Sur cette question, v. Bottini F. (dir.), *Droits fondamentaux et crise(s) des solidarités*, L'Harmattan 2019.

<sup>8</sup> *Doc. AN 2018-1088*.

montre l'exemple du *name and shame*. Il en tire ainsi argument pour affirmer son rôle de régulateur de l'économie (F. Bottini ; J.-F. Kerléo ; G. Lebreton ; B. Daugeron).

Sa conception de l'intérêt général sous-tend d'ailleurs l'apparition d'un véritable droit public des affaires.

## B. LE DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

A partir des années 1990, la doctrine française a cherché à opposer à la généralisation du droit de la concurrence véhiculée par l'exemple américain un droit public de la concurrence dont est finalement issu un droit public des affaires<sup>9</sup>. Or, ce dernier a été à maints égards construit par opposition à l'exemple américains dont il s'est inspiré pour se démarquer (J. Caillosse).

Tandis que ce dernier pénalise le droit des affaires, le droit français limite cette pénalisation aux « manquements au devoir de probité » dont peuvent se rendre coupables les « personnes exerçant une fonction publique » (art. 432-10 et s. du Code pénal). Hormis le cas où ils sont co-auteurs ou complices de tels faits, les infractions au droit de la concurrence commises par les opérateurs économiques relèvent pour leur part de la législation commerciale, moins infamante et moins sévère puisqu'elles ne peuvent conduire à des peines d'emprisonnement. Alors que le droit américain autorise les administrations fédérales à exploiter les données personnelles à la disposition des administrations, le droit français promeut au contraire, à l'initiative du droit de l'UE, la protection des données personnelles. Tandis que le premier continue de faire relever de la *common law* un certain nombre de litiges commerciaux, le second s'efforce de rendre les règles plus accessibles et intelligibles par son œuvre de codification au nom du principe de sécurité juridique. Alors que le droit américain prône le respect de la volonté des parties au contrat, le droit français le soumet au contrôle du juge afin de vérifier qu'il est bien conforme à l'intérêt des deux parties. De sorte que l'héritage solidariste s'oppose toujours à certains égards « au mercantilisme glacé de la *common law* », comme l'écrivait D. Tallon<sup>10</sup> (A. Cayol ; F. Bottini ; J. Caillosse).

Cette approche utilitariste du droit comparé en apparence destinée à faire « gagner son droit »<sup>11</sup> ne perd ainsi finalement pas de vue le projet initial de faire de la matière « l'art de l'utile et du juste »<sup>12</sup>. Car malgré son indéniable rayonnement, l'influence du modèle américain n'est pas sans limites. L'un des

---

<sup>9</sup> V. notamment Bazex M., « Le droit public de la concurrence », *RFDA* 1998. 781 ; Nicinski S., *Droit public des affaires*, Montchrestien 2018.

<sup>10</sup> D. Tallon, « Observations finales » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 413. V. le rapport d'A. Cayol.

<sup>11</sup> Fauvarque-Cosson B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *RIDC* 2011-63/3. 539.

<sup>12</sup> David R., « La place du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, LGDJ 1969, p. 65.

reproches qui lui est régulièrement fait est de favoriser ce « gouvernement par les nombres » dénoncé par A. Supiot, en niant l'homme dans ses dimensions sociales, politiques et culturelles pour le réduire à un *homo economicus* (J. Caillousse ; M. Debène ; A. Sée). C'est la raison pour laquelle l'américanisation apparaît sous certains aspects comme un anti-modèle.

### III. UN ANTI-MODÈLE

Tandis que le sceau américain est frappé de la formule « *E pluribus unum* » (« De plusieurs, un »), les États membres de l'UE ont fait le choix de faire d'« *In varietate concordia* » (« Uni dans la diversité ») leur devise. Sans doute à chaque fois l'accent est-il mis sur l'unité. Mais tandis que les États-Unis revendiquent de n'être qu'un seul État, les États membres de l'UE affirment pour leur part leur différence, en revendiquant le maintien de leur identité nationale (F. Delaporte).

Ces considérations permettent de comprendre pourquoi la France perçoit certaines solutions du droit américain comme un anti-modèle. Car elles méconnaissent son identité juridique propre. Il existe des matières où l'américanisation est neutralisée par l'esprit du système juridique (P. Barban). Ce rejet est d'autant plus facilité que le pays a expérimenté par le passé les limites de la transposition de solutions purement américaines dans son ordre interne, comme cela ressort des tentatives ratées pour importer le régime présidentiel en 1791, 1795 et 1848 (A. Canayer ; B. Daugeron).

Aujourd'hui, c'est la devise américaine « *In God We Trust* » et les excès de la marchandisation des rapports sociaux véhiculés par le modèle américain – le « *In God We Trust* » too ! (P. Gast) – qui semble rejetés, dans la mesure où ils contreviennent à la laïcité (A) et à l'égalité (B) « à la française ».

#### A. LA LAÏCITE

La France postrévolutionnaire et les États-Unis ont en commun de s'être construits sur la liberté, y compris religieuse. Ce qui explique que les deux pays ont été, à partir des années 1950, confrontés au problème de la marchandisation du religieux facilité par le développement des idées néolibérales. Des pratiques traditionnellement culturelles sont devenues de simples activités commerciales, que l'on songe au Yoga, à la Méditation Transcendantale ou au Kung Fu, l'art martial bouddhiste chinois.

Ce défi commun ne doit toutefois pas faire oublier l'héritage religieux différent sur lequel ces deux pays ont été bâtis : au moment de leur fondation, les États-Unis sont emprunts de l'éthique protestante et cultivent la croyance en l'existence d'un destin national porté par la divine providence. C'est cette conviction que traduit la devise « *In God We Trust* ». En comparaison, une référence à Dieu serait impensable sur le vieux continent et encore plus en

France. Car, sur le plan juridique, la loi de 1905, garantit tant la liberté de religion (art. 1<sup>er</sup>) que l'égalité des cultes et des croyants. C'est la conséquence de son article 2 selon lequel l'État ne reconnaît ni ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. De même, le droit américain admet le communautarisme religieux, du fait que les premiers colons se sont rassemblés par origine et par religion, lors du développement des cités : *Salt Lake city* est par exemple une ville historiquement mormone. Autant de spécificités qui ne retrouvent pas en droit français et contre lesquels ce dernier tente de lutter au travers notamment de la politique de la ville dont l'ambition est de favoriser la mixité sociale et religieuse des populations (F. Delaporte ; P. Gast).

## B. L'ÉGALITÉ

Le modèle américain donne parfois l'impression de faire primer la sélection naturelle des opérateurs économiques sur la protection des individus, le culte de l'argent sur le lien social. Les chiffres sont à ce titre éloquentes : 1% des Américains capterait 20% des revenus et posséderait 42% du patrimoine (contre 22% en 1979). Dans le même temps, 12% de la population serait en situation de pauvreté. Une cause de ces inégalités tient à la façon dont est opérée la distribution des revenus primaires. Avec le passage du taux marginal de l'impôt sur le revenu de 70% dans les années 70 à 39,6% en 1992, elle se fait désormais au profit des plus fortunés. Le droit américain semble pour cette raison taillé à la mesure des besoins d'une partie infime de sa population : celle qui possède le pouvoir économique, comme si la liberté s'y était retournée contre elle-même pour servir les intérêts de cette minorité au détriment de ceux de la majorité. Ce qui explique que le pays soit parfois présenté comme une République et non une démocratie. La diffusion de son modèle fait sur ce point l'objet d'un rejet radical de la part de la société française, comme cela ressort, outre de certains mouvements sociaux type « gilets jaunes », des règles applicables en droit interne (F. Bottini ; P. Gast ; J.-P. Lecoq ; G. Quintane).

La Constitution de la Ve République garantit en effet l'existence de services publics constitutionnels dont le cœur de métier ne peut être délégué à l'initiative privée. Il s'agit en premier lieu des services publics régaliens de sécurité. Alors que les États-Unis admettent le recours à des compagnies militaires privées pour assurer l'exercice de certaines opérations, le droit français s'y refuse. Des sociétés de sécurité privée existent certes sur son territoire. Mais l'exercice de leur activité est étroitement contrôlé. Outre qu'il est soumis à un système de déclaration préalable, l'État exerce une tutelle sur les opérations les plus sensibles, comme le montrent l'exemple de l'Euro 2016 ou d'Aéroport Charles de Gaulle (P. Barban). Or, l'un des intérêts de cette solution est de garantir l'égalité de traitement des individus devant ces services publics. Le même objectif explique les réponses différentes apportées par les deux pays à la menace

terroriste. Tandis que le droit américain semble décidé à écarter l'État de droit pour y répondre en arrêtant des normes discriminatoires, le droit français y demeure fidèle en refusant de déroger, même face aux pires attaques, au principe d'égalité : il résiste à la tentation de substituer un *État* d'exception permanent à un *état* d'exception provisoire (M. Beye).

L'enseignement public, gratuit et laïc est un autre « devoir constitutionnel de l'État » français, « sans distinction d'origine, de race ou de religion » (cf. Préambule de 1946 et art. 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958). Sans doute la question des origines est-elle prise en compte en France au travers des enquêtes du Programme international pour le suivi des acquis des élèves (PISA) : puisque ce dernier souligne que l'écart de performances scolaires entre les élèves issus de l'immigration et les natifs s'est accru en dix ans. Mais l'enseignement reste mis au service du projet d'intégration et vise à doter tous les élèves d'un socle commun de connaissances. Comment particulariser les réponses juridiques à l'échec scolaire au nom de l'efficacité et de l'effectivité de l'action publique sans méconnaître l'égalité de traitement des élèves ? Voilà au fond la problématique qui limite aujourd'hui les marges de manœuvre des autorités, là où le droit américain admet les différences de traitement en fonction des spécificités locales ou de l'origine ethnique (*blacks, hispanics, whites*) et tolère les inégalités qui en découlent. L'augmentation à 20 000 dollars l'année (+317% !) des frais de scolarité à laquelle ont procédé les facultés de droit outre-Atlantique et la sélection par l'argent qui en résulte seraient ainsi inimaginables dans l'enseignement public hexagonal (M. Debène ; G. Quintane) : car l'État de droit français reste un État social davantage marqué par le modèle scandinave que le modèle américain sur la question de la redistribution des richesses.

\* \*  
\*

En conclusion, le droit américain a progressivement servi de vecteur à la diffusion d'une conception ultra-libérale des rapports économiques des États – au sens que Friedrich Hayek donnait à cette expression de relations dictées par l'ordre spontané du marché<sup>13</sup> –, de la seconde guerre mondiale jusqu'à l'élection de Donald Trump aux États-Unis au moins. Son accession à la présidence du pays au nom de l'« *America first* » témoigne d'une tentation de changer les règles du jeu du marché mondial à un moment où d'autres compétiteurs sont parvenus à maturité dans leur maîtrise et où elles se retournent contre eux : après s'être maintenue autour de 22% dans les années 1980, la croissance américaine était descendue à 15,7% en 2016, au moment de son élection (G. Quintane). « Nous n'abandonnerons jamais la souveraineté américaine à une bureaucratie mondiale

---

<sup>13</sup> V. Hayek F. A., *La route de la servitude*, Quadrige 1993, p. 165.

non élue et irresponsable », a d'ailleurs clairement expliqué le Président Trump devant l'Assemblée générale de l'ONU le 25 septembre 2018, rejetant « l'idéologie du mondialisme »<sup>14</sup>. Désormais, c'est l'Europe au travers de la chancelière allemande Angela Merkel et du président de la République française Emmanuel Macron qui tendent à prendre le relais du projet de la Charte de l'Atlantique, en le renouvelant : leur action vise à substituer à l'économie libre de marché imposée par les États-Unis une économie sociale de marché davantage conforme à l'ordo-libéralisme allemand et au stato-libéralisme français, via l'UE notamment (L. Potvin-Solis). On a ainsi l'impression d'une sorte de ruse du néolibéralisme : si ce dernier a donné le sentiment de servir les EU tant qu'ils étaient bénéficiaires de ses principes, il se retourne désormais contre eux dès lors qu'il poursuit un objectif plus global : celui de faire de l'interdépendance entre les nations la condition de la paix dans le monde. Il ne faut en effet pas perdre de vue que ses théoriciens pensent depuis l'origine cette doctrine économique comme une géopolitique de la paix<sup>15</sup>.

Sans doute les EU ont-t-ils toujours su surmonter les crises qu'ils ont traversées par le passé. Mais le fait qu'ils cherchent désormais des solutions à leurs problèmes dans les pratiques d'autres ordres juridiques – comme l'UE et, à travers elle, la France – montre qu'on est en train de changer de paradigme<sup>16</sup>. Les obstacles de droit au retrait des États-Unis de l'Accord de Paris vont dans le même sens. Malgré la volonté du président Trump d'en sortir, ce traité ne permet aux États-Unis de dénoncer leur engagement qu'à partir du 4 novembre 2019, 3 ans après son entrée en vigueur, une telle dénonciation ne pouvant par ailleurs produire ses effets qu'à l'issue d'une nouvelle période d'un an après la notification du retrait, soit le 4 novembre 2020. La condamnation du désengagement américain par l'Union européenne, la France, le Canada, la Chine ou l'Inde confirme en outre que d'américain le droit est peut-être en train de devenir global. Aussi, pour prolonger l'analyse de Régis Debray, on peut se poser la question : la réussite de l'américanisation du monde ne génère-t-elle pas paradoxalement sa fin (M. Cuq ; G. Lô) ?

Si c'est sans doute le grand mérite de ce colloque de nous inviter à y réfléchir, le lecteur trouvera au gré des contributions des propositions opérationnelles inspirées du modèle, contre-modèle, anti-modèle américain accréditant le bien fondé de certaines réformes actuellement menées en France ou en suggérant de nouvelles. Sans que la liste soit exhaustive, retiennent notamment l'attention les propositions suivantes : constitutionnalisation de la loi de 1905 sur la laïcité (P. Gast) ; affirmation du multilatéralisme dans les relations internationales (G. Lô) ; clarification législative des règles applicables aux

---

<sup>14</sup> « A l'ONU, Macron défend le "multilatéralisme", l'Iran s'alarme de la rhétorique de Trump », *Le Monde* 25.9.2018.

<sup>15</sup> V. Hayek F. A., *op. cit.*

<sup>16</sup> Sur cette question, v. par ex. Posner E. A. et Sinstein C. R., « The Law of Other States », 59 *Stan. L. Rev.* 2006-2007/131, p. 131 s.

enfants nés de la gestation pour autrui (A. Gorand et L. Vielpeau) ; renforcement des pouvoirs du juge face aux *nudges* (A. Sée) ou au *name and shame* (J.-F. Kerléo) ; démantèlement des ghettos scolaires (M. Debène) ; soutien législatif à la transition écologique en faveur d'un développement véritablement durable (M. Cuq) ; renforcement du contrôle parlementaire sur le pouvoir exécutif (A. Canayer ; B. Daugeron), y compris en période de crise (M. Beye) ; consécration d'un statut des sociétés militaires privées sous tutelle directe de l'État au travers des ministères des Armées et de l'Intérieur (P. Barban) ; neutralisation de l'application extraterritoriale du droit américain ; renforcement de la lutte contre les conflits d'intérêts (F. Bottini) et peut-être... revalorisation de la carrière d'enseignants-chercheurs qu'il serait par ailleurs souhaitable de décharger d'un certain nombre de tâches administratives (C. Puigelier).

Qu'il nous soit permis pour terminer de dire que la richesse des débats a conduit les participants à souhaiter une nouvelle manifestation : celle-ci aura lieu les 21 et 22 novembre 2019 à l'Université Le Havre-Normandie sur le thème de « *La Police de la liberté : quelle(s) contrainte(s) pour quelle(s) liberté(s) ?* ». Lancé en septembre 2018, 2 mois avant le mouvement des « gilets jaunes », ce projet de recherche nous plongera au cœur de l'actualité. Tous ceux qu'il intéresse sont bien sûr bienvenus pour y participer ou y assister. Rendez-vous est donc pris au Havre pour une nouvelle édition !

I.

*LES NOTIONS DE NÉOLIBÉRALISME ET  
D'AMÉRICANISATION : CONVERGENCES ET  
DIVERGENCES*



# LES PROJETS DE TRAITES LIBÉRAUX DE COMMERCE ET DE SERVICES IMPULSES PAR LES ÉTATS-UNIS

Par  
Jean-Paul LECOQ  
Député de Seine-Maritime

Je vous remercie de m'avoir invité à m'exprimer devant vous, en ouverture de vos travaux, et de porter ainsi ce souci du pluralisme, de l'expression de la diversité d'opinions, qui enrichit toujours tout débat, toute recherche, tout projet.

J'y suis d'autant plus sensible que le thème que vous allez développer durant ces deux journées me tient particulièrement à cœur et alimente nombre de mes interventions de militant et d'élu depuis des années.

A commencer par celles que je conduis pour essayer de contrer les projets de traités libéraux de commerce et de services, comme ceux négociés entre les États-Unis et l'Europe avec le TAFTA, ou entre le Canada et l'Europe avec le CETA.

Des traités qui forment ou plutôt déforment le Droit, celui avec un « D » majuscule, comme d'ailleurs tous les droits des peuples et des citoyens.

Avec beaucoup d'autres, je considère – et nous sommes quelques-uns à les considérer ainsi à travers l'Europe... – que ces traités représentent des dangers, démocratiquement et humainement nocifs.

Car les plumes qui les rédigent ne sont pas guidées par le souci de servir l'intérêt général, le progrès, mais au contraire d'asservir des États, donc des peuples, des services publics, des citoyens, des salariés, des consommateurs, des agriculteurs, à un modèle économique allant dans ses germes à l'encontre de cet intérêt général : le néolibéralisme.

C'est Pierre Bourdieu, dans un article du *Monde Diplomatique* de 1998, qui en parle le mieux : qu'est-ce que le néolibéralisme, se demande-t-il. C'est « un programme de destruction des structures collectives capables de faire obstacle à la logique du marché pur ».

C'est clair et violent : le néolibéralisme, c'est la mise en œuvre d'une utopie, celle du marché parfait, et celle de l'écrasement de toute initiative qui gripperait cette machinerie supposée idéale.

Suivant cette théorie, les différents gouvernements inspirés par cette doctrine, travaillent à imposer à l'Europe, à la France, ses logiques, et sa culture juridique issue des recherches outre-Atlantique, jusqu'à leur donner force de loi et donc priorité sur les législations et les cultures nationales.

Pour ne prendre qu'un seul exemple, par ces traités, un État souverain, une commune légitime sur le plan démocratique pourrait se voir assigner en justice par une multinationale, au prétexte que le pouvoir public viendrait contrarier la liberté de s'enrichir d'une entité privée.

De plus, en matière alimentaire, donc sanitaire, comme en matière de protection de l'environnement, il nous semble que l'intérêt général commande d'appliquer des principes de précaution, des principes de contrôle, des principes d'encadrement, mais aussi des principes d'aides publiques, pour favoriser des pratiques agricoles ou protéger des ressources par exemple.

Principes qui ne sont pas compatibles avec la libéralisation totale des marchés.

Le droit à la concurrence ne peut pas primer sur le droit social, le droit à la protection.

Et que dire de la culture, de l'exception culturelle, encore un domaine qui ne peut pas être exposé tout azimut à la loi de la rentabilité accrue.

J'en passe.

Et, si ces traités se négocient dans le plus grand secret et dans le dos des peuples, c'est bien parce que les enjeux sont de taille.

Ils visent à bouleverser en profondeur tout ce qui fonde l'État Nation, l'État Protecteur, l'État Stratège, l'État Régulateur pour consacrer le règne du libéralisme. C'est-à-dire la primauté conférée à la liberté individuelle sur toutes les libertés collectives.

Une logique libérale largement inspirée des États-Unis qui inspire et transpire dans ces projets de traités commerciaux, comme d'ailleurs, dans une moindre mesure, elle a alimenté et inspiré tous les traités européens depuis des décennies.

Car le libéralisme est une doctrine de philosophie politique bien avant d'être un modèle économique. Et ce schisme opéré il y a près de deux siècles et mis en pratique il n'y a pas si longtemps que cela rend les choses complexes à entrevoir.

Le libéralisme joue sur la confusion.

Le libéralisme philosophique contient par essence un grand nombre de principes sur lesquels nous sommes d'accords : les libertés individuelles, telle que la déclaration des Droits de l'Homme la proclame, personne aujourd'hui ne peut être contre.

Mais la doctrine qui en émane, elle, pervertit cette philosophie. Elle en vient même à contraindre l'individu pour qu'il rentre dans le cadre de l'économie de marché.

Le résultat de ce changement du libéralisme politique vers l'économique fait dériver la liberté uniquement vers une toute petite partie de la population. Celle qui possède les richesses, le pouvoir économique.

Celle qui accède par la capitalisation, – Macron les appellent les premiers de cordée –, au droit d'exercer, au nom de leur propre liberté, des contraintes, des soumissions, des servitudes au reste du monde.

Ainsi, la liberté des uns, la petite minorité, s'envisage à titre individuel en dehors de tout cadre collectif, en dehors souvent également du droit, nous le voyons bien à travers le scandale des paradis fiscaux.

En dehors, encore plus souvent, de la morale : c'est l'exemple récent du scandale de l'optimisation fiscale. La frontière entre l'immorale et l'illégal étant souvent ténue.

Par conséquent, le libéralisme économique, renforcé par le néolibéralisme, véritable philosophie politique mue en un programme partisan, entraîne inéluctablement l'asservissement, la spoliation, l'exploitation, la domination, donc la privation de la liberté des autres, sous une forme plus ou moins prononcée.

Cette liberté-là condamne tous ceux – et forcément ils sont les très nombreux –, à devoir au mieux se partager les restes, au pire à être sacrifiés pour alimenter la réussite de ceux qui prônent la liberté économique.

Or, je ne suis pas juriste mais j'ai le sentiment que le Droit est au service de la justice et que la justice tend justement à respecter un principe moral qui exige l'équité, l'impartialité, l'égalité.

Je pense ainsi que le libéralisme économique, décrit par le socialiste algérien Aït Ahmed comme « la liberté du renard libre dans le poulailler », est sous-jacent à la société américaine depuis la fondation de cette nation à la fin du 18<sup>e</sup> siècle.

Un libéralisme renforcé tout au long du 19<sup>e</sup> et du 20<sup>e</sup> siècle sur l'idée perverse que celui qui ne possède rien peut décrocher la fortune grâce à son seul courage, son mérite, son travail opiniâtre.

Ce qui est certes vrai, mais pour une toute petite minorité, un peu comme le disait Audiard dans un célèbre dialogue, « à l'image des poissons volants, ils existent mais sont loin de constituer la majorité du genre ».

Ou encore sur cette autre idée que la richesse des uns rejaillira sur tous. Le principe du ruissellement dont chacun s'accorde à dire aujourd'hui qu'il constitue un mythe, ou plutôt un leurre.

Bien sûr que les richesses mondiales ne cessent de s'accroître mais les inégalités également. 1 % de la population mondiale possède autant que les 99 % restant (source Oxfam, ONG Britannique). L'écart entre la frange la plus riche et le reste de la population s'est creusé de façon spectaculaire depuis la crise de 2008.

C'est ce libéralisme économique qui a façonné les politiques intérieures et extérieures des USA.

Avec d'ailleurs ce paradoxe, si l'on se place du point de vue de la cohérence ou plutôt ici de l'incohérence, que pour se diffuser, pour se renforcer, le libéralisme a toujours eu besoin d'un cheval de Troie : celui des Etats Nation pourtant censés garantir l'équilibre au sein d'une société démocratique et défendre tous ses citoyens, les nantis comme les plus démunis.

Sans la complicité du pouvoir politique, qu'il soit démocrate ou républicain, ce libéralisme n'aurait jamais pu prospérer et se développer.

Ce fut d'autant plus facile pour eux que la Révolution de 1917 construira et exportera sur une partie de la planète un autre modèle économique et de société basé sur la négation de la propriété individuelle.

L'affrontement de ces deux modèles, qui contribuera à l'effondrement de l'URSS 70 années plus tard, a alimenté l'exportation du libéralisme économique durant cette longue période et participe depuis au sentiment répandu qu'il a triomphé de son ennemi mortel, qu'il s'est imposé comme le seul modèle viable, dépourvu désormais d'alternative.

Ce libéralisme économique exporté, infusé ou transfusé dans le monde entier au nom de la liberté a piétiné durablement et piétine toujours les droits fondamentaux des êtres humains et des peuples, comme l'accès à l'eau potable, aux ressources naturelles et à la paix.

Car le libéralisme dans sa quête de captation des richesses conduit aux guerres qui conduisent à la misère.

Sur notre vieux continent cependant ce libéralisme là est resté pendant longtemps aux frontières, à l'exception de la Grande-Bretagne Thatcherienne.

Le droit des peuples à disposer d'eux même et non le droit de certains à disposer des peuples comme le voulait la tradition monarchique, a forgé la culture de nombreux états européens au prix de tant de sacrifices, de guerres et de morts.

Des guerres sur le continent motivées par des considérations patriotiques, culturelles, religieuses plus que sur des considérations économiques.

Ce n'est pas un hasard si la Révolution Française a eu la sagesse d'adjoindre à la valeur liberté, les valeurs d'égalité et de fraternité. Elle avait compris à la sortie de la Monarchie absolue que sans l'égalité et la fraternité, la liberté, à elle seule, ne saurait être juste.

En Europe, le libéralisme économique se diffuse donc en coulisse, avançant à visage masqué, prenant possession en toute discrétion des outils nécessaires à son développement, à commencer par le détournement à ses fins de l'idée européenne, de la construction européenne réduite souvent à faciliter la libre circulation des biens et des capitaux.

En Europe, le libéralisme ne s'assume pas, il ne peut pas s'assumer sans apparaître sous son vrai visage et être ainsi considéré pour ce qu'il est : une machine inégalitaire qui oppose les gens, en cherchant à les individualiser.

Mais ce libéralisme porte en lui les germes de sa propre déchéance : ses contradictions... et son absence totale de sens moral.

Première contradiction, la recherche du profit. La liberté totale de s'enrichir sans limite induit fatalement la concentration et la concentration porte en elle l'impossibilité de maintenir un marché libre et non faussé.

Vous trouverez toujours plus gros que vous ou moins cher que vous... C'est un cercle vicieux et les exemples ne manquent pas.

L'activité économique étant en évolution perpétuelle, de nouvelles pratiques, de nouveaux marchés s'ouvrent et se ferment. Aujourd'hui « l'uberisation », « l'e-commerce », les nouvelles technologies apportent au libéralisme un nouveau terrain d'enjeux.

Un terrain d'autant plus propice qu'il repose sur l'initiative individuelle et le mérite. Certaines start-up symbolisent le libéralisme triomphant, toutefois leur croissance exponentielle les conduits à devenir rapidement des monstres qui prennent des positions plus que dominantes puisqu'elles frisent le monopole.

Seconde grande contradiction, le libéralisme conduit, c'est son but, à un affaiblissement du rôle, de la puissance de l'État. Or, sans l'État il ne parvient plus à ses fins.

L'État se doit de favoriser l'enrichissement individuel et intervenir comme arbitre dans les échanges économiques. Il est utile soit pour s'assurer du respect des règles de concurrence, soit pour veiller au respect des contrats et traités signés. Il se doit également de gérer les biens publics et d'ouvrir des voies commerciales.

Tout au plus, l'État peut avoir une intervention qualifiée de « raisonnable et de limitée » dans l'économie pour assurer le plein emploi, la croissance et surtout pour accompagner les plus démunis, c'est-à-dire les victimes finalement du libéralisme économique.

Sauf que dès que le système déraile, et le système déraile cycliquement puisque c'est dans sa nature de dépasser les limites, l'État est appelé au secours.

Ce fut le cas lors de la crise de 29 aux États-Unis, ou pour réparer les dégâts causés par les deux guerres mondiales, ou encore dernièrement avec la crise financière de 2008.

Les États sont alors été priés, à coups de fonds publics, d'intervenir dans l'économie, de sauver les banques et de soutenir les marchés.

Nous le voyons bien avec l'administration Trump aux États-Unis, les libéraux sont libéraux tant que la libre circulation des biens et des capitaux sert leurs intérêts, mais dans le cas contraire, ils se comportent en fervents interventionnistes étatiques.

Ils sont mondialistes à partir du moment où le monde tourne autour d'eux et alimente leurs profits.

La balance commerciale entre les USA et la Chine est hyper déficitaire. On s'en prend aux chinois accusés de tous les maux. Puis, le temps d'une visite chez

moi puis d'une visite chez toi, je parviens à décrocher des contrats pour rééquilibrer la balance et tout va pour le mieux.

En économie, j'ai bien l'impression que tout ça porte le nom de protectionnisme, c'est-à-dire le contraire de ce que prône le libéralisme. Car avec un tel pouvoir et de tels moyens derrière l'administration américaine, aucune concurrence libre et non faussée avec les sociétés américaines n'est possible.

On le voit bien, le néolibéralisme porte en son sein un double discours. La privatisation des profits et la collectivisation des pertes. L'État n'est utile dans l'économie que lorsque l'économie va mal.

Partant du principe que le néolibéralisme est :

- contraire à l'intérêt des êtres humains comme de l'environnement ;
- anti-démocratique en cela qu'il détourne et se joue de la démocratie pour servir ses propres intérêts ;
- par nature immoral ;
- régulièrement amené à franchir les frontières de la légalité ;

le combattre par tous les moyens pacifiques est un devoir de salut public. La contre-attaque s'organise au niveau de la société, au niveau collectif.

Par la prise de conscience du peuple des dangers et des réalités du libéralisme, de ses conséquences présentes et à venir sur la situation de la grande partie de la population.

Par l'action collective, l'action citoyenne, le réveil de la solidarité et de la fraternité pour combattre les inégalités et tendre vers l'égalité.

Et par le Droit. A condition que le Droit soit assis sur un principe de justice pleinement partagé par les gens, par les citoyens qui forment une même société.

Or, le néolibéralisme est la forme la plus décomplexée du capitalisme et donc la plus immorale et la plus cupide.

# AUX ORIGINES DE LA DÉMOCRATIE MODERNE : LES EXEMPLES CONTRASTES DE LA FRANCE ET DES ÉTATS-UNIS

Par  
Jacques BOUVERESSE  
Professeur émérite d'histoire du droit  
de l'Université de Rouen

Nul ne l'ignore : les Grecs de l'Antiquité sont les inventeurs de la politique. Pour qu'une société puisse s'adonner à la politique au sens où nous l'entendons en Occident, il faut que soient réunies deux conditions indispensables. La première tient à l'existence d'individus considérés comme autonomes, capables d'un raisonnement méthodique. L'homme raisonnable n'est soumis qu'aux lois qu'il se donne ou accepte, d'où l'intérêt qu'il prend aux affaires publiques qui sont les siennes. L'autre condition tient à l'existence d'une Cité, nous dirions aujourd'hui d'un État. Chez les Grecs, c'est l'idéal de la Cité qui, peu à peu, s'est imposé à tout le pays. L'évolution est donc profondément différente de celle de l'Asie où devaient s'épanouir ces empires puissants que furent par exemple l'Égypte et la Perse. La Cité (*polis*) est une communauté humaine et politique établie sur un territoire dont le centre est constitué par une ville, et qui s'étend aux campagnes environnantes. La Cité est donc un petit État. En Grèce, à travers toute l'Antiquité, un homme ne comptait que dans sa Cité. Exilé, il pouvait survivre mais il n'était plus rien. Le bonheur des personnes et même leur prospérité matérielle étaient liés à la solidité de la Cité. Aussi les Grecs étaient-ils passionnément attachés à l'indépendance de leur Cité. Ce monde des Cités est clairement différencié entre l'intérieur et l'extérieur. Pour les Grecs, la politique est fermée aux points de vue et aux questions venant d'autres horizons. La politique ne concerne que la communauté des citoyens de la Cité.

C'est Aristote qui, le premier, nous a fourni la typologie générale des régimes politiques :

	Forme pure	Forme dégénérée
Gouvernement d'un seul	Monarchie	Tyrannie
Gouvernement d'une minorité	Aristocratie	Oligarchie
Gouvernement du grand nombre	Policie	Démocratie

La démocratie suppose donc le gouvernement du plus grand nombre ou la souveraineté populaire. Ce qui en Grèce ne signifiait pas que tous les habitants étaient habilités à participer à l'élaboration de la décision. Les esclaves, les étrangers (métèques), les femmes ne votaient pas. Seuls étaient considérés comme citoyens, les hommes âgés de plus de 18 ans, nés de deux parents originaires de la Cité et qui n'étaient pas privés de leurs droits politiques. Ces observations paraissent singulièrement limitatives. Il faut en revenir à Aristote : « Partout, écrit-il, les riches sont en minorité et les pauvres en majorité. Aussi la différence réelle qui sépare entre elles démocratie et oligarchie, c'est la pauvreté ou la richesse. Nécessairement, un régime où les dirigeants exercent le pouvoir grâce à leur richesse est une oligarchie. Celui où les pauvres gouvernent une démocratie. »

Or, à Athènes, les pauvres gouvernent. Il y a entre 20 000 et 40 000 citoyens selon les époques. Dans un monde dominé par la rareté, au bord de la disette et de la misère, confier la décision politique à plusieurs dizaines de milliers de personnes, cela veut dire recruter la grande majorité des citoyens dans les très basses couches sociales. Le *demos* est composé de gens pauvres, analphabètes ou à demi-instruits. Les paysans, les boutiquiers, les artisans étaient citoyens à part entière au côté des classes supérieures. L'intégration des petites gens dans la communauté politique est une innovation stupéfiante pour l'époque, rarement répétée par la suite.

La démocratie peut se décliner sous sa forme directe ou représentative. Elle s'oppose en principe au libéralisme politique qui se méfie de la loi du nombre et veut par-dessus tout sauvegarder les chances de la liberté. On voit poindre ici l'affrontement qui est de tous les temps entre la démocratie et l'oligarchie.

Toutes ces considérations largement évoquées en histoire du droit, en droit constitutionnel, et plus largement dans les Faculté de Droit relèvent de l'approche institutionnelle de la démocratie. Mais il est une autre approche de la démocratie qu'on pourrait qualifier de sociologique ou d'anthropologique. Le fait moderne de civilisation est en permanence caractérisé par la poussée irrésistible du nombre, par la pression continuelle de la souveraineté du peuple sur les institutions gouvernantes. La démocratie, à cet égard, constitue l'état social tandis que le dogme de la souveraineté du peuple s'incarne dans le droit politique. Ces deux choses ne sont pas analogues. La démocratie est une manière d'être de la société, la souveraineté du peuple est une forme du pouvoir. Bref, la démocratie est d'abord un régime anthropologique, c'est-à-dire un ensemble de règles, de normes, d'habitudes et de mœurs inscrites au plus profond de la culture humaine. Ce régime moderne est caractérisé par l'égalité, à la différence de l'Ancien Régime qui était structuré par la hiérarchie. Cela ne veut pas dire que les inégalités disparaissent ; à un certain point de vue notre monde moderne est plus inégalitaire que ne l'était le monde ancien. Mais cette inégalité des avoirs se construit sur fond d'égalité des êtres. Les êtres humains, quels que soient leur origine et leur statut, se perçoivent désormais eux-mêmes comme des semblables, et non comme des catégories différentes, supérieures ou inférieures de l'humanité<sup>1</sup>. Tel est le nouveau régime anthropologique que la Déclaration des droits de l'homme viendra formuler. Chacun ayant un droit absolu sur lui-même, il en résulte que la volonté souveraine ne peut émaner que de l'union des volontés de tous.

C'est à cette définition sociologique ou anthropologique que nous allons nous référer, en écartant en grande partie, l'approche formelle ou institutionnelle.

## I. LE CAS DE LA FRANCE, OU LE LONG CHEMINEMENT HISTORIQUE DE LA DÉMOCRATIE

En historien et en sociologue, il s'agira ici de montrer la continuité d'une entreprise sociale, celle du tiers état, de mettre en évidence sa volonté arrêtée, son opiniâtreté, son acharnement à faire triompher ses conceptions et sa vision de l'intérêt général. Cette immense classe moyenne en formation d'où vient-elle ? Comment s'est-elle formée ? Comment arrive-t-elle aux affaires ? Comment le droit s'est-il infléchi, modifié, pour se mettre au service de ses objectifs ? Quel est son avenir ?

---

<sup>1</sup> Pierre-Henri TAVOILLOT, « Les querelles philosophiques de la Révolution française », in *Tocqueville, la démocratie en questions*, Presses universitaires de Caen, 2008, p. 164.

## A. LA CONTINUITÉ DE LA VOLONTÉ SOCIALE

Reportons-nous aux grands historiens du XIX<sup>e</sup> siècle qui ont tenté de tirer les leçons de l'histoire de France. François Guizot, d'abord, a livré l'essentiel de son système d'explication dans ses deux grands ouvrages historiques : *Essais sur l'histoire de France* (1823) et *Histoire de la civilisation en Europe et en France* (1828). La Révolution, affirme-t-il, est le résultat d'un long processus ; faire son histoire n'est que faire l'histoire de ses origines. Il existe au Moyen Âge, deux groupes rivaux, la noblesse et le tiers état. La noblesse féodale est incapable de se constituer en une véritable aristocratie sur le modèle britannique, susceptible de former une élite d'encadrement et de construire de solides institutions politiques. Le peuple et le tiers état détestent la féodalité, les seigneurs féodaux qu'ils subissent comme une insupportable anarchie. Mais ils sont trop faibles pour créer des institutions libres : le grand mouvement de l'affranchissement des communes au XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles ne conduit pas à l'affirmation de la démocratie. La monarchie absolue est donc le résultat de cette double impuissance : de la noblesse féodale à créer un régime aristocratique, du tiers état à donner naissance à un régime démocratique. La croissance du pouvoir royal est donc une indispensable période de transition vers la démocratie et la liberté auxquelles la noblesse fait obstacle. Reste une question : le roi a-t-il dans cette entreprise, reçu un mandat du tiers état ? Ou bien s'est-il contenté de profiter des circonstances pour asseoir son pouvoir en s'appuyant tantôt sur la noblesse et tantôt sur le tiers état ?

Pour Tocqueville, auteur de *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), le tiers état a bien confié une mission, un mandat au roi. Il a arraché le gouvernement local à la féodalité, mais il est trop faible encore pour exercer lui-même le pouvoir politique général. Il va donc le confier au roi, dénominateur et tuteur de ses intérêts. Toute l'histoire de France est donc celle d'une continuité, de l'extension de l'État centralisé, de la mainmise de l'administration sur le corps social. Les conquêtes administratives des rois de France sont le trait dominant de notre histoire. Toutes les forces qui s'opposent à ce monopole sont anéanties. Et d'abord la noblesse ou plus précisément le principe aristocratique, donc la possibilité même de la légitimité d'une résistance à l'État. Le pouvoir central, l'État, instrument de l'absolutisme, ne tolèrent plus les corps intermédiaires. Victoire du principe démocratique : car les sociétés démocratiques poussent au gouvernement centralisé, alors que les sociétés aristocratiques ou oligarchiques prônent la décentralisation, le gouvernement local. Au fond, Tocqueville voit dans l'existence d'une aristocratie, d'une élite au sens large, le fondement, la garantie, le rempart de la liberté ; alors que Guizot pense que l'aristocratie est un obstacle à la liberté. Mais pour les deux auteurs, l'histoire de France est bien celle de la croissance du pouvoir royal, appuyé sur le tiers état. Seulement Tocqueville

redoute la démocratie radicale et inexorable ; il ne songe qu'à l'encadrer, à recréer les conditions d'un gouvernement des élites. C'est aussi la préoccupation de Guizot, qui écarte la démocratie au profit d'un gouvernement des notables, et d'une bourgeoisie de propriétaires.

## B. LE TRIOMPHE DE L'ABSOLUTISME

A mesure que le temps passe, la société française paraît de plus en plus soumise au roi. La noblesse, dès le XVI<sup>e</sup> siècle, est retenue à la Cour dans une sorte de domesticité dorée. La Cour, surtout celle de Versailles, fut le meilleur antidote contre la turbulence et l'esprit frondeur des nobles. A la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le roi prenait encore dans la noblesse les principaux agents du pouvoir. Mais depuis longtemps, il n'existait plus de noble qui pût se faire craindre du monarque et réclamer de lui une part du gouvernement.

Le clergé, lui aussi, est domestiqué. Grâce au concordat de Bologne de 1516, le roi a obtenu la disposition des principales dignités et bénéfices ecclésiastiques. Il nomme les évêques et les abbés des grandes abbayes. La bourgeoisie est tombée dans l'orbite royale : le système de la vénalité des charges et des offices, la fixe irrésistiblement au service du roi. Artisans et commerçants sont encadrés par des groupements corporatifs étroitement soumis à l'autorité publique. Les paysans subissent les conséquences des pressions multiformes, politiques, économiques, fiscales, culturelles ; sur eux s'appesantit la tutelle de l'État, des centres urbains, des groupes sociaux et des corps intermédiaires.

Dans leur entreprise, les rois ont été singulièrement aidés par l'appui que, pendant des siècles, leur fournissaient les légistes<sup>2</sup> qui sont, face aux ordres privilégiés, la noblesse et le clergé, les chefs naturels de la démocratie. Au centre du royaume et près du trône s'est formé un corps administratif d'une puissance toujours accrue, le conseil du roi. Il est tout à la fois Cour suprême de justice car il a le droit de casser les arrêts de tous les tribunaux ordinaires ; tribunal supérieur administratif : c'est de lui que ressortissent en dernière analyse toutes les juridictions spéciales. Comme conseil du gouvernement, il possède en outre, sous le bon plaisir du roi, la puissance législative, discute et propose la plupart des lois, fixe et répartit les impôts. Tout finit par aboutir à lui et de lui part le mouvement qui se communique à la machine dans son ensemble. Mais c'est le roi qui en principe décide seul, le conseil se contentant de donner de simples avis<sup>3</sup>. De même que l'administration du pays est dirigée par un corps unique, elle n'a dans les provinces qu'un seul agent, l'intendant placé à la tête d'une grande circonspection, la généralité. L'intendant est un commissaire du roi : il est donc

---

<sup>2</sup> Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, GF, Flammarion, 1988, p. 74.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 129.

susceptible d'être révoqué ou déplacé sans garantie. En correspondance directe avec les ministres, il bénéficie souvent de la stabilité.

Le roi ne pouvait presque rien sur le sort des juges ; il ne pouvait ni les révoquer ni les changer de lieu, ni même le plus souvent les élever en grade ; si bien qu'il ne les tenait ni par l'ambition ni par la peur. Cette indépendance le gênait<sup>4</sup>. Dans le dernier siècle de la monarchie, les édits et les déclarations du roi, aussi bien que les arrêts du conseil, omettent rarement de dire que les contestations qu'une mesure gouvernementale risque de produire seront exclusivement portées devant les intendants et devant le conseil<sup>5</sup>. Dans les matières réglées par des lois ou des coutumes anciennes, le conseil intervient sans cesse par voie d'évocation, et enlève d'entre les mains des juges ordinaires l'affaire où l'administration est intéressée pour l'attirer à lui<sup>6</sup>. La lutte des parlements contre le pouvoir royal se porte presque toujours sur le terrain de la politique et non sur celui de l'administration ; ce n'est pas la puissance administrative que les deux adversaires se disputent, mais le pouvoir législatif<sup>7</sup>.

Au total, la centralisation administrative est déjà si poussée à l'époque de Louis XV qu'en 1756 le marquis de Mirabeau peut écrire : « La nation entière semble avoir identifié ses intérêts, sa gloire en une seule personne, le roi. Justice, police, finances, commerce, places, artillerie, villes, bourgs, hameaux, territoires, habitants, tout est au roi<sup>8</sup>. »

### C. LE TIERS ETAT ET L'AFFERMISSEMENT DE L'ÉTAT

La soumission de la société au roi est réelle, les Français obéissent. Ils obéissent parce que leur culture, leur éducation les inclinent à l'obéissance : la France est l'héritière de Rome, patrie du droit, de la théorie de l'État, de la puissance publique. C'est de Rome que nous tenons notre idée de l'ordre et notre armature juridique. L'Europe a toujours gardé la nostalgie de la paix romaine. Celle d'un ordre universel fondé sur une grande administration.

La France aussi est un pays catholique. Or l'Église, modèle de société politique, est une structure monarchique, dirigée par le pape ; elle procède par voie d'affirmation dogmatique, par voie hiérarchique et refuse en matière religieuse le libre examen. Surtout, elle affirme que toute société, toute cité terrestre a besoin d'une autorité, d'un pouvoir. Le pouvoir est la conséquence du péché, de la chute originelle. Saint Paul et Saint Pierre ont rappelé que « omni

---

<sup>4</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p.146.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 148-149.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>8</sup> Cité par Tocqueville, dans Jacques Nantet, *Tocqueville*, Seghers, coll. Les Maîtres Modernes, 1973, p. 158.

potestas a Deo ». L'Église enseigne donc le respect de l'autorité politique et la soumission au roi.

Mais la société aussi a des droits. L'homme chrétien sait qu'il est une image de Dieu, qu'il a une âme immortelle, et que s'il doit être un sujet obéissant du roi, il ne doit pas tout à l'État. Ses droits fondamentaux ne viennent pas d'une concession faite par le pouvoir, il les tient du fait d'être un homme, de l'éminente dignité de la personne humaine. Les Français s'assignent des objectifs communs, plus ou moins consciemment : faire vivre, au centre de la société, le principe d'égalité proclamé par le christianisme. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, cette poussée égalitaire a obtenu des résultats : dans les villes, contre les seigneurs, les bourgeois ont obtenu des chartes de franchise, le droit de gérer leurs affaires municipales. Dans les campagnes, les serfs sont massivement affranchis et la plupart des paysans ont, à la fin du Moyen Âge, la liberté personnelle. Plus tard, l'État offrira la protection de son droit et de son organisation aux propriétaires, aux épargnants, à l'ensemble de la classe moyenne en formation, en expansion autour de la bourgeoisie.

Ainsi, l'absolutisme royal est seulement l'instrument de la volonté du peuple. La société n'obéit au roi que parce qu'elle commande. C'est elle qui fixe le grand objectif : la constitution patiente, progressive, d'une immense classe moyenne, qui n'est que le tiers état émancipé et prospère.

Cette classe moyenne en expansion est aussi une espérance, la terre promise de tous les exclus, de tous les prolétariats. La volonté patiente d'élargir le groupe central des Français et, pour le tiers-état, de s'emparer directement du pouvoir, vient de loin. Il n'y aurait jamais eu de 1789 si la France profonde, dès le Moyen Âge, ne s'était pas identifiée à ce grand projet de l'intégration sociale. Pour le réaliser, la société eut longtemps besoin du roi, et lui confia un pouvoir absolu. Le roi reçut un mandat : mettre au pas les forces qui s'opposaient à la réalisation de ce programme, la noblesse dans son ensemble, et la majeure partie du clergé. Le pouvoir royal n'est absolu que dans la mesure où il s'attaque à la féodalité, aux féodalités. Pour le reste, il est limité par les prérogatives de la société, par des règles, des privilèges qui sont autant de signes de la vitalité sociale. Ce n'est pas de Dieu que le roi tient son pouvoir, mais de la volonté sociale. Ou, plus exactement, le Dieu qu'on invoque n'est rien d'autre que la volonté du peuple.

Ce que veut le peuple, c'est un État, une forte administration capable de réaliser les objectifs de la société. En définitive, le véritable bénéficiaire des théories absolutistes, qui s'épanouissent au début du XVII<sup>e</sup> siècle, ce n'est pas le roi mais c'est l'État dont les caractères se précisent. D'abord, l'État est autonome, c'est-à-dire doublement indépendant. Indépendant des formes de gouvernement qu'il peut revêtir : monarchiques, aristocratiques ou démocratiques ; indépendant aussi des hommes qui le gouvernent : en France, l'État n'appartient pas au roi, qui n'en a que la responsabilité, son règne durant.

Ensuite, l'État est souverain : c'est à lui et non pas au roi, que la souveraineté est attachée. Le roi ne fait qu'exercer, au nom de l'État, l'autorité souveraine. Enfin, l'État est perpétuel, d'où procède l'idée d'une permanence de l'administration, d'une continuité des lois et des traités. Les rois s'en vont tandis que l'État demeure.

A la fin de l'Ancien Régime, la féodalité a disparu depuis longtemps, l'État maintenant est fort, l'administration régulière et puissante. La société désormais peut se passer du roi et envisager de gouverner directement l'État par l'intermédiaire d'une élite bourgeoise. Le roi ne pouvait pas se passer de l'État, n'était rien sans lui ; mais l'État peut se passer du roi. C'est ce qui arrive avec la Révolution. Le roi est licencié et l'État va continuer de grandir sans lui. Le peuple, au fond, ne veut plus d'autre monarque que lui-même ; l'éviction du roi, la table rase sont inscrites déjà dans la radicalité, dans l'âpreté, dans le caractère systématique des idées qui se nourrissent, au XVIII<sup>e</sup> siècle, de la sève du tiers état.

#### D. LA REVOLUTION OU LA DEMOCRATIE EN PLEINE LUMIERE.

Tocqueville, et beaucoup d'autres après lui, l'ont répété : la Révolution a procédé à la manière d'une révolution religieuse ; elle a voulu la régénération du genre humain plus encore que la réforme de la France. Elle a inspiré le prosélytisme et fait naître la propagande ; elle est devenue elle-même une sorte de religion nouvelle, imparfaite sans doute, religion sans Dieu, sans culte et sans autre vie après la mort mais qui néanmoins a inondé la terre de ses soldats, de ses apôtres et de ses martyrs<sup>9</sup>. Les Français croyaient au moins en eux-mêmes. Ils ne doutaient pas de la perfectibilité, de la puissance de l'homme, ils se passionnaient pour sa gloire, ils avaient foi dans sa vertu. Ces sentiments les arrachaient à l'égoïsme et les poussaient à l'héroïsme et au dévouement<sup>10</sup>. L'axe de la Révolution, en dépit des gloses qui en ont obscurci la signification, c'est la démocratie. Certes, le mouvement est dirigé par une élite bourgeoise qui dispose du monopole de la culture et de la parole ; mais cette élite bourgeoise ne se vit pas comme une oligarchie extérieure à la société, mais comme une simple avant-garde chargée de conduire le mouvement à bonne fin. La démocratie n'est pas pleinement établie dans les institutions, mais c'est bien elle qui aiguillonne les hommes et les pouvoirs.

Elle suppose d'abord la consécration la plus large de la liberté : la Déclaration des droits de l'homme fournit aux citoyens des garanties essentielles,

---

<sup>9</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 108.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 247.

de même qu'un peu plus tard, le code civil de 1804 fera du contrat, c'est-à-dire de la libre rencontre des volontés, l'instrument presque unique de la formation du droit. La liberté ne va pas sans l'égalité. Le code civil, conforme à l'idéal des Lumières et de la Révolution, pense les individus comme absolument égaux sans jamais tenir compte des différences de force, d'intelligence, de jugement. Cette égalité abstraite révèle, bien au-delà des limites assignées à une telle représentation par tant d'historiens, la volonté de plier le fait au droit, de hâter l'émergence de l'égalité concrète. La société décrite par le code civil est un monde de petits propriétaires et de petits patrons, maîtres de leur outil de travail. Si le code civil ne consacre que trois articles au contrat de louage d'ouvrage, c'est qu'il ne peut ni ne veut envisager la généralisation du salariat, de la dépendance économique ; et le salarié lui-même, il le souhaite capable de négocier d'homme à homme, d'égal à égal avec un patron : un homme en vaut un autre, et tout homme est capable de mener son existence.

L'idéal démocratique se retrouve aussi bien au plan du droit public que dans le domaine du droit privé. En matière de droit public, la Révolution, couronnée par l'œuvre de Napoléon, a consacré le principe de la centralisation administrative, qui est l'expression de la volonté démocratique déjà à l'œuvre sous l'Ancien Régime. La solution napoléonienne est contenue dans l'une des grandes lois du Consulat, la loi du 28 pluviôse an VIII (février 1800) qui place à la tête du département le préfet, agent du pouvoir central, nommé et révoqué à discrétion. Quant au droit privé, il lie entre eux les trois termes de propriété, de travail et de citoyenneté dans une sorte de triangle des principes. D'abord la propriété est liée au travail. L'homme est d'abord propriétaire de ses facultés personnelles. Par son travail, l'homme arrache les biens à la communauté originelle. La propriété que la société consacre, dans l'intérêt général, ne se justifie donc que par le travail. Si la propriété n'était pas unie au travail, elle ne serait qu'un abus. Le travail est lié, quant à lui, à la citoyenneté. Le travail est le fondement moral de la République. L'idéal républicain repose sur la vertu. Montesquieu faisait de la vertu le principe de la démocratie. Robespierre, lui, prétend inaugurer le règne de la vertu. Sans la vertu, la démocratie se décompose en démagogie, la citoyenneté se corrompt. Or, c'est le travail, lui seul, qui stimule les vertus publiques et privées en mobilisant en permanence la volonté et la créativité de l'homme. Le bon citoyen, c'est celui qui s'efforce, par son effort personnel, de gagner son pain et celui de sa famille, en contribuant à la formation de la prospérité générale.

Enfin, la citoyenneté est liée à la propriété. La citoyenneté exige l'indépendance des citoyens. Seule la propriété confère aux citoyens cette indépendance. Naturellement, il s'agit de la propriété de l'outil de production. La propriété garantit l'indépendance du citoyen à l'égard de l'État. Il ne dépend pas de lui pour sa subsistance. Il ne lui demande ni emploi, ni pension, ni

distribution d'argent. La propriété assure aussi l'autonomie du citoyen vis-à-vis des autres citoyens. Maître de son outil de travail, le citoyen n'est pas le salarié des autres citoyens. Le salarié en effet, est un subordonné, le contrat de travail consacre sa subordination à l'égard du patron. La subordination est incompatible avec la citoyenneté : raison pour laquelle la Révolution a décidé que les domestiques ne votaient pas. Le suffrage censitaire réserve le droit de vote à ceux qui paient suffisamment d'impôts, donc en principe aux propriétaires. Mais il ne s'agit pas d'une volonté d'exclusion. L'idée de la Révolution est de disséminer la propriété, de multiplier les petits et moyens propriétaires pour augmenter le nombre des citoyens.

La Révolution a donc bouleversé bien des habitudes, bien des coutumes, tout un ordre résumé sous le nom d'institutions féodales. Elle l'a remplacé par un système plus uniforme et plus simple qui avait la liberté et l'égalité des conditions pour base. Cependant, la Révolution, à bien la considérer, a été beaucoup moins radicale qu'on ne pourrait l'imaginer<sup>11</sup>. Elle n'a fait que poursuivre le travail souterrain du peuple depuis le Moyen Âge. La démocratie au sens sociologique et anthropologique, qui cheminait obscurément depuis des siècles, a jailli en pleine lumière. Elle concrétise la volonté de tout un peuple et synthétise toute une histoire : celle de cet immense groupe central des Français qui, écartant le privilège et récusant l'exclusion prétend, par des moyens que les circonstances imposeront, donc variables, réconcilier les hommes, et donner à chacun une place, une identité, un avenir au sein de la nation. Au cœur de ce projet, la propriété et le travail seront mis au service de la famille, ce premier et ce grand moyen de la socialisation.

## II. LE CAS CONTRAIRE DES ÉTATS-UNIS, OU L'ÉTABLISSEMENT SPONTANÉ DE LA DÉMOCRATIE

En France, la démocratie au sens sociologique a toujours été là. Mais au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime, elle cheminait secrètement, dans le silence et l'obscurité. Il lui fallut des siècles pour s'approcher puis s'emparer des esprits et des leviers du pouvoir à partir de la Révolution. Point de tous ces préalables aux États-Unis : la démocratie s'y est établie d'emblée, sans résistance, comme une sorte d'évidence indiscutable et dans une sorte d'unanimité.

### 1. L'ELAN VITAL DES PREMIÈRES GÉNÉRATIONS DE PIONNIERS

---

<sup>11</sup> Tocqueville, op. cit., p. 84 et 291.

Le peuplement des États-Unis par une immigration en provenance de l'Angleterre est sans doute un des événements majeurs de l'histoire. Cette première formation est restée décisive. Elle apportait avec elle toutes les qualités individuelles d'énergie, de persévérance et d'ascétisme qui composent le portrait du pionnier. Au début du XVII<sup>e</sup> siècle, des milliers de colons prirent la mer, affrontèrent les rigueurs d'une traversée de plusieurs mois, les souffrances d'une brutale transplantation, les incertitudes d'un climat pénible, pour construire une vie nouvelle. Vue des années 1630-1660, l'Amérique c'est d'abord l'expression d'un volontarisme à toute épreuve<sup>12</sup>, d'une vitalité irrépressible. Ces hommes en rupture de ban sont portés par l'esprit d'aventure, par un amour sauvage de l'indépendance et du changement. Ils se confient sans crainte à leurs propres forces qui leur paraissent suffire à tout<sup>13</sup>. Leur optimisme est inébranlable. Ils vivent dans une atmosphère de dynamisme triomphant, avec la conviction que rien ne leur est impossible. Ils croient que l'avenir leur appartient et ne se sentent pas prisonniers du passé. Quand toutes les prérogatives de naissance et de fortune sont détruites, que toutes les professions sont ouvertes à chacun, et qu'on peut parvenir de soi-même au sommet des emplois les plus variés, une carrière immense et facile semble se proposer à l'ambition, et les hommes se figurent volontiers qu'ils sont appelés à de grandes destinées<sup>14</sup>. Cette société nouvelle est égalitaire ; aucune différence de fortune au départ entre ces hommes : fils de leurs œuvres, ils tiennent pour moins que rien les supériorités sociales fondées sur la naissance ou l'héritage ; chaque homme vaut à leurs yeux ce que valent la force de ses bras, son endurance ou son habileté<sup>15</sup>.

Près de deux siècles plus tard, à la fin des années 1890, le journaliste Théodore Roosevelt, futur président des États-Unis (1901-1909), fait encore l'éloge des qualités de ces premiers colons. « La vigueur corporelle est bonne, écrit-il, et la vigueur intellectuelle est meilleure encore, mais, bien au-dessus de l'une et de l'autre, est la vigueur du caractère. » Et il ajoute : « Pour l'individu comme pour la société, l'énergie morale est plus importante que l'instruction »<sup>16</sup>. Pour Théodore Roosevelt, l'effort continu et régulier apparaît donc comme le premier des devoirs. Puisque l'action est utile, l'action doit être intense. « Une vie fainéante est aussi peu digne d'une nation que d'un homme »<sup>17</sup>. Le plus mauvais service que l'on puisse rendre à un homme est de lui apprendre à ne compter que sur les autres et à gémir sur ses épreuves. Si un Américain doit arriver à quelque chose, il doit mettre sa confiance en lui-même et s'enorgueillir

---

<sup>12</sup> André Kaspi, *Les Américains. Naissance et essor des États-Unis (1607-1945)*, Seuil, coll. Points, 1986, p.29.

<sup>13</sup> Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Le Club Français du livre, 1979, p. 86.

<sup>14</sup> Tocqueville, *De la Démocratie...*, *op. cit.*, p. 332.

<sup>15</sup> René Rémond, *Histoire des États-Unis*, PUF, coll. Que Sais-je ?, 6<sup>ème</sup> éd., 1974, p. 54.

<sup>16</sup> Cité par André Tardieu, *Notes sur les États-Unis*, Calmann-Lévy, 1908, p. 104-105.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 103.

de son propre travail au lieu d'envier la bonne fortune des autres en ne faisant rien de ses journées ; il doit affronter la vie avec un courage résolu, remporter la victoire s'il le peut, accepter la défaite s'il le faut, sans chercher à imputer à ses semblables une responsabilité qui n'est pas la leur<sup>18</sup>.

Les américains du XVIIe et du XVIIIe siècle sont donc bien différents des Français de la même époque. En France, ce qui domine, ce qui imprègne les consciences, c'est l'acceptation d'une discipline collective et l'obéissance à un ordre politique voulu par Dieu et nécessaire au bon ordonnancement de la société. Sans doute, la démocratie fait-elle déjà sentir sa pointe, mais à l'intérieur d'un cadre institutionnel et dans les limites de l'organisation monarchique. Dans la Nouvelle-Angleterre, les premières générations de colons ont largué les amarres avec la mère patrie ; ils ont une force que rien n'arrête, la force des « barbares » superficiellement romanisés et christianisés. Ils ne reconnaissent d'autre loi que celle qu'ils se donnent à eux-mêmes ; sans doute, la souveraineté de l'Angleterre est-elle encore reconnue, mais déjà ceux que l'on désigne sous le terme général de puritains ne se retrouvent plus dans la monarchie aristocratique anglaise. Ils établissent de fait une véritable démocratie, même si ce mot n'est pas encore à l'ordre du jour.

Avec sa perspicacité coutumière, Tocqueville conclut : « Il ne faut donc pas croire qu'il soit possible d'arrêter l'essor de la race anglaise du Nouveau Monde. Il n'y a pas de pouvoir sur la terre qui puisse fermer devant les pas des émigrants ces fertiles déserts ouverts de toutes parts à l'industrie et qui présentent un asile à toutes les misères. Les événements futurs, quels qu'ils soient, n'enlèveront pas aux Américains... l'esprit d'entreprise qui semble le caractère distinctif de leur race... »<sup>19</sup>.

## A. L'HERITAGE PURITAIN

Les émigrants, ou, comme ils s'appelaient si bien eux-mêmes, les pèlerins (*Pilgrims*) appartenaient à une secte d'Angleterre à laquelle l'austérité de ses principes avait fait donner le nom de puritains. Cette forme de protestantisme ascétique avait quatre sources principales : le calvinisme, le piétisme, le méthodisme, enfin les sectes issues du mouvement baptiste<sup>20</sup>.

Le puritanisme n'était pas seulement une doctrine religieuse, il se confondait encore sur plusieurs points avec les théories démocratiques et républicaines les plus absolues. De là, lui était venus ses plus dangereux adversaires. Persécutés par le gouvernement de la mère-patrie, blessés dans la rigueur de leurs principes

---

<sup>18</sup> Théodore Roosevelt, *L'idéal Américain*, Armand Colin, 1907, p. 108.

<sup>19</sup> Tocqueville, *De la Démocratie...*, op. cit., p. 247.

<sup>20</sup> Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1964, rééd., 1990, p. 118.

par la marche journalière de la société au sein de laquelle ils vivaient, les puritains cherchèrent une terre d'accueil<sup>21</sup>. A peine débarqués sur le rivage américain, leur premier soin est donc de s'organiser en société. Ils ont en effet quitté l'Angleterre sans idée de retour. Plus rien ne les retient. Ils émigrent, accompagnés de leurs femmes et de leurs enfants.

Le puritanisme dont ils se réclament appelle deux observations essentielles. D'abord, l'esprit démocratique porte ces hommes à s'adresser directement au Créateur, sans passer par l'intercession d'une hiérarchie religieuse. Les lignes de force sont horizontales : tout part de la communauté religieuse locale. Ici, un ministre est choisi par le peuple ; connaisseur des textes sacrés, il est cependant homme parmi les hommes, puisqu'il est aussi époux et père. Il est investi par les fidèles, qui ont examiné ses compétences, du pouvoir de prêcher, d'enseigner la Parole et de dispenser les deux seuls sacrements calvinistes : la communion (la Cène) et le baptême. Pour l'aider, et parfois le remplacer dans cette œuvre spirituelle et morale, un groupe de laïcs (les Anciens) forme un consistoire<sup>22</sup>.

La deuxième observation porte sur la doctrine de la prédestination, dont les puritains se réclament à la suite de l'enseignement de Calvin. Dieu, dans la masse humaine uniformément mauvaise, a, de toute éternité, choisi certains à qui la grâce de la foi et donc le salut sont accordés ; le sacrifice du Christ qui a racheté ces élus n'est donc accompli que pour le petit nombre. Les autres, prédestinés à la damnation, n'ont pas reçu la grâce de la foi ni donc celle du salut. Le catholique avait à sa disposition l'absolution de l'Église pour compenser sa propre imperfection. Il pouvait se tourner vers le prêtre dans le repentir et la contrition ; le prêtre, en administrant les sacrements, dispensait le rachat, l'espoir de la grâce, la certitude du pardon, assurant par-là la décharge de cette monstrueuse tension à laquelle son destin condamnait le calviniste, sans évaison possible ni adoucissement aucun<sup>23</sup>.

Une question devait de poser alors à chacun des fidèles puritains : suis-je un élu, et comment m'en assurer ? Pour les puritains, la réussite économique aurait été le signe de l'approbation divine. La richesse était la preuve de l'élection et du salut. Mais attention : l'ascétisme voyait le summum du répréhensible dans la poursuite de la richesse en tant que fin ; il ne la tenait pour un signe de la bénédiction divine que comme fruit du travail professionnel, d'un travail sans relâche, continu, systématique, comme moyen ascétique le plus élevé, et preuve la plus sûre, la plus évidente de régénération et de foi authentique. Ainsi, comme l'avait bien montré Max Weber, la conception puritaine de l'existence a veillé sur le berceau de l'*homo œconomicus* moderne<sup>24</sup>. En 1954 encore, Simone de

---

<sup>21</sup> Tocqueville, *De la Démocratie...*, op. cit., p. 48.

<sup>22</sup> Jeanine Garrisson, *L'Homme protestant*, Éditions Complexe, 1986, p.14.

<sup>23</sup> Max Weber, *op. cit.*, p. 145.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.216.

Beauvoir, qui visitait les États-Unis, faisait remarquer : « Sur les dalles d'un antique cimetière, je lis les vieux prénoms bibliques des anciens puritains : Sarah, Abraham, Albigail. Ces agriculteurs, ces marchands aux mœurs austères ne soupçonnaient pas les mystères de la finance ni les dangereux prodiges du machinisme. Et cependant, ce passé qui semble devenu si vite suranné est présent à tous les tournants de la vie américaine. C'est dans ces bourgades oubliées que se forgèrent la morale et l'idéologie qui constituent le *Credo* auquel adhère aujourd'hui toute l'Amérique et qui en fait la profonde unité nationale »<sup>25</sup>.

## B. UN TERRITOIRE IMMENSE, OUVERT AUX INITIATIVES DES PIONNIERS

Devant ces hommes énergiques s'étend un continent presque sans bornes, et on dirait que craignant déjà d'y manquer de place, ils se hâtent de peur d'arriver trop tard. Tocqueville le constate dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle : « Il serait difficile de peindre l'avidité avec laquelle l'Américain se jette sur cette proie immense que lui offre la fortune. Pour la poursuivre, il brave sans crainte la flèche de l'Indien et les maladies du désert ; le silence des bois n'a rien qui l'étonne, l'approche des bêtes farouches ne l'émeut point ; une passion plus forte que l'amour de la vie l'aiguillonne sans cesse »<sup>26</sup>. Dans son grand roman, *Les Pionniers* Fenimore Cooper nous présente un vieux trappeur, Natty Bumppo, qui refuse par la force une décision de justice, et s'estime libre de chasser partout où il lui plaît. C'est que Natty représente pour tout Américain une nostalgie profonde, celle même qui fit le Nouveau Monde : la nostalgie de la frontière ouverte, des terres libres, d'une civilisation où le bonheur et la richesse seraient les fruits de la seule liberté<sup>27</sup>.

Avec le siècle, se ferme la frontière, fondement de la démocratie et de l'optimisme américain, symbole de l'innocence, de la civilisation pastorale, du paradis perdu où il n'y avait ni clôtures ni cadastre, ni suzerains<sup>28</sup>. Le libéralisme américain paraît condamné quand la frontière se ferme. Tant qu'un homme pouvait planter sa bêche dans une terre vierge et la dire sienne, la liberté assurait théoriquement au moins, le bonheur de tous et l'épanouissement de chacun. Jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'Ouest est la soupape de sûreté de la liberté. Le pionnier, le cow-boy fondaient une société où la carrière était une aventure. Le succès des films de « western » exprime la nostalgie d'un monde où l'homme

---

<sup>25</sup> Simone de Beauvoir, *L'Amérique au jour le jour*, Gallimard, NRF, 1954, p. 279.

<sup>26</sup> *De la Démocratie...*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>27</sup> Jacques Cabau, *La Prairie perdue. Histoire du roman américain*, Seuil, 1966, p. 104.

<sup>28</sup> Jacques Cabau, *op. cit.*, p. 317.

n'a pas à se soumettre pour réussir, une société sans hypocrisie ni aliénation, où la réussite sociale et l'épanouissement individuel vont de pair<sup>29</sup>.

Cependant, la vitalité et l'énergie des Américains vont trouver d'autres moyens de se manifester. En 1900, l'Amérique n'est plus le Nouveau Monde. A l'âge de la Prairie, succède l'âge des gratte-ciels. L'Est est industrialisé, l'Ouest est parcouru de chemins de fer et de fils télégraphiques. En trente ans, la population des États-Unis est passée de 30 à 75 millions d'habitants qui s'entassent dans les villes. La plus grande puissance de l'histoire est en gestation. Carnegie, Vanderbilt, Rockefeller édifient des empires à l'échelle d'un continent. L'âge du colossal commence<sup>30</sup>, celui des trusts gigantesques. La religion nouvelle des États-Unis, c'est le culte de la force, incarnée au début du XX<sup>e</sup> siècle par le président Théodore Roosevelt et sa politique du « *big stick* ». La frontière n'a donc fait que se transférer de la prairie aux banlieues industrielles des villes. Le pionnier n'est pas mort, il invente désormais le phonographe, fabrique en série des boîtes de conserve, ou accapare le commerce du pétrole. L'opinion américaine le sait bien, qui admire les rois de l'acier, de la viande et du caoutchouc. L'idéologie nationale demeure toujours la même et se résume par ces mots : individualisme, initiative, liberté, concurrence. L'héritier direct des romans de la Prairie et du Far West, c'est le roman policier américain. Du cow-boy au gangster il n'y a que ce qui sépare un revolver à barillet d'un 6,35 automatique. Le roman policier américain est un roman d'aventures qui a gardé de Fenimore Cooper son rythme de fuites et de poursuites. Bientôt lui succèdera la « génération perdue », celle d'Hemingway, d'Henry Miller, de Fitzgerald, de Gertrude Stein, partie pour Montparnasse. Plus tard, Jack Kerouac et les *Beatniks* reprendront les chemins de l'Ouest<sup>31</sup>. Lors de sa campagne présidentielle, John Kennedy parlera d'ouvrir une « nouvelle frontière » pour tirer de l'engourdissement la volonté d'agir du pays. Peut-être l'Amérique n'est-elle qu'un feu de paille mais elle a, jusqu'ici, toujours trouvé les moyens de jeter de la paille dans son feu.

### C. LE SOUBASSEMENT DEMOCRATIQUE DE LA SOCIÉTÉ AMÉRICAINE

Tocqueville a retenu dans la situation américaine le « privilège du commencement », le principe de la souveraineté du peuple présent dès le début,

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

l'égalité acquise sans avoir à être conquise<sup>32</sup>. Les émigrants qui vinrent se fixer en Amérique au commencement du XVII<sup>e</sup> siècle dégagèrent d'emblée le principe de la démocratie. Il put grandir en liberté et se développer paisiblement. L'Amérique était alors un pays sans histoire, sans grandes distinctions de classes, sans tradition, un pays où l'homme s'opposait moins à l'homme qu'à la nature. Un pays enfin où il n'y avait ni armée, ni clergé, ni aristocratie, ni État centralisé, ni souverain<sup>33</sup>. La démocratie constituait donc l'état originaire des Américains.

Le berceau de la démocratie américaine, c'est le système communal. Ainsi, l'épave de la démocratie américaine, sa source, c'est la commune. La démocratie s'est construite là-bas par le bas et non à partir du sommet de la société.

En Nouvelle-Angleterre, on peut presque affirmer que chaque commune constituait une nation indépendante<sup>34</sup>. Si la démocratie était si vivante en Amérique c'est d'abord parce qu'elle était une réalité locale, concrète, et surtout sensible, une forme de vie. Le principe de la souveraineté du peuple n'y était point un dogme philosophique, mais une pratique incarnée naturellement dans les mœurs des Américains. C'est donc dans l'indépendance des communes, dans cet esprit communal, que la vie politique américaine a pris naissance.

Dès 1650, la commune est complètement et définitivement constituée. En son sein, on voit régner une vie politique réelle, active, toute démocratique et républicaine. Les colonies reconnaissent encore la suprématie de la Métropole ; c'est la monarchie qui est la loi de l'État, mais déjà la République est bien vivante dans la commune.

La commune nomme tous ses magistrats ; elle lève ses impôts. Dans la commune de la Nouvelle-Angleterre, la loi de la représentation n'est point admise. C'est sur la place publique et dans le cadre de l'assemblée générale des citoyens que se traitent directement, comme à Athènes dans l'Antiquité, les affaires publiques<sup>35</sup>. Au-dessus de la commune, il n'y a presque rien. En général, les administrateurs du comté n'ont pas le droit de diriger la conduite des administrateurs de la commune<sup>36</sup>.

A côté de l'importance de la vie communale, la multiplicité des associations est un autre signe de la vitalité démocratique des premiers temps de l'histoire américaine. Les Américains de tous les âges, de toutes les conditions, de toutes les convictions, s'unissent sans cesse. Ils ont des associations commerciales et industrielles, mais ils en ont, en outre, de mille autres espèces : de religieuses, de morales, de graves et de futiles, de fort générales et de très particulières,

---

<sup>32</sup> Camille Tarot, « Politique et religieux. Une lecture de Tocqueville par Marcel Gauchet », in *Tocqueville. La démocratie en questions*, op. cit., p. 86.

<sup>33</sup> Jacques Cabau, op. cit., p.15.

<sup>34</sup> Tocqueville, *La Démocratie...*, op. cit., p.67.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 68.

d'immenses et de toutes petites ; les Américains s'associent pour donner des fêtes, bâtir des auberges, élever des églises, répandre des livres, envoyer des missionnaires aux antipodes ; ils créent de cette façon des hôpitaux, des prisons, des écoles. « Partout où, à la tête d'une entreprise nouvelle, vous voyez en France le gouvernement et en Angleterre un grand seigneur, comptez que vous apercevrez aux États-Unis une association »<sup>37</sup>. En ce sens, les associations sont autant d'écoles de la démocratie où les citoyens apprennent à coordonner leurs efforts en vue d'atteindre un but commun, dans une société qui ne reconnaît plus aucune hiérarchie naturelle, et qui ne repose plus que sur la volonté autonome des individus<sup>38</sup>.

#### D. LE POIDS TRES RELATIF DE LA TRADITION LIBERALE ANGLAISE

L'Amérique à ses débuts est peuplée de migrants qui se considèrent encore comme des Anglais. Mais ces Anglais d'outre-mer sont séparés de leur métropole par cinq mille kilomètres d'océan ; ils ont pris l'habitude de se gouverner seuls, de prier Dieu comme ils l'entendent. Insensiblement, la société coloniale ressemble de moins en moins à la société anglaise<sup>39</sup>. La Nouvelle-Angleterre est pratiquement indépendante de la Couronne. Les « hommes libres » élisent chaque année le gouverneur et ses assistants. Comme il est de plus en plus difficile de réunir l'assemblée, un système représentatif est mis en place à partir de 1644<sup>40</sup>. Les colonies ont, à l'exception de la Pennsylvanie, deux assemblées législatives. Une haute assemblée est nommée par le roi ; quant à la chambre basse, elle est élue<sup>41</sup>. Le suffrage, ici, est censitaire, dans la tradition britannique. Les femmes, les mineurs, les étrangers, les catholiques, les Juifs, les hommes non blancs, n'ont pas vocation à voter. Les esclaves, quelle que soit la couleur de leur peau, les serviteurs sous contrat, les locataires, les pauvres, les fils de plus de vingt-et-un ans qui vivent avec leurs parents ne sont pas davantage admis à exprimer une opinion politique. Pourquoi ? Parce que, par principe, ceux qui votent sont ceux qui ont une propriété, c'est-à-dire ceux qui ont quelque chose à défendre<sup>42</sup>.

L'influence anglaise se retrouve, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, lorsqu'il est question pour les Américains de rédiger la constitution de leur État fédéral.

---

<sup>37</sup> Tocqueville, *La Démocratie...*, *op. cit.*, p. 319.

<sup>38</sup> Philippe Chantal, « Sauvez l'honneur ? Tocqueville, sociologue et critique de la démocratie (trop) ordinaire. » in *Tocqueville. La démocratie en questions*, *op. cit.*, p. 251-252.

<sup>39</sup> André Kaspi, *op. cit.*, p. 89.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 85.

Comme en Angleterre, les auteurs de cette constitution adhèrent au postulat de la philosophie libérale, en vertu duquel le pouvoir doit être limité et fractionné<sup>43</sup>. Soigneusement séparés, les pouvoirs sont indépendants les uns des autres. Aussi, n'y a-t-il pas responsabilité de l'exécutif devant le législatif : le Président choisit ses ministres à son gré, ils ne sont responsables que devant lui. Réciproquement, le président ne peut dissoudre une chambre du Congrès. La constitution veille à l'équilibre des pouvoirs. Ainsi, les actes législatifs du Congrès, pour acquérir force de loi, doivent être revêtus de la signature du Président qui peut leur opposer son veto. A l'inverse, le Président ne peut donner effet à la nomination de certains fonctionnaires sans le consentement du Sénat dont l'accord est encore nécessaire à la majorité des deux tiers, pour la ratification des traités. Au sommet de la hiérarchie judiciaire, la Cour Suprême a pouvoir d'interpréter la Constitution. Ce qui institue un véritable « gouvernement des juges »<sup>44</sup>. Tout est calculé pour empêcher un pouvoir de prendre le pas sur les autres. Système profondément libéral, conforme à la tradition anglaise, mais nullement démocratique. Les constituants se méfiaient du peuple, redoutaient le despotisme de la majorité. Ils instituèrent donc un gouvernement représentatif et républicain, mais dont toutes les dispositions tendaient à atténuer les mouvements de l'opinion ; nulle part le suffrage n'était universel : les sénateurs étaient désignés par les législatures d'État et le Président choisi par un collège restreint d'électeurs<sup>45</sup>.

Le libéralisme politique l'emporte-t-il en définitive sur la démocratie ? Certainement non, car l'État fédéral n'a pas, à cette époque, l'importance qu'il prendra beaucoup plus tard ; et la démocratie, comme nous l'avons vu, a trouvé à s'épanouir à la base dans les communes et dans les associations. Tocqueville, encore lui, a bien raison de ne pas accorder une place centrale aux institutions américaines ; l'essentiel pour l'auteur de *La Démocratie en Amérique* n'est pas dans l'énumération et le commentaire des dispositions constitutionnelles. Ce qui compte pour lui, ce sont les mœurs, la vitalité fondamentale d'un peuple démocratique<sup>46</sup>, bref tout ce qui permet à une agglomération d'hommes de rester libres, de tendre au résultat sans se laisser enchaîner par les moyens, de viser au fond à travers la forme, de chercher par elle-même, et seulement en elle-même, la raison des choses. L'idéologie devra donc dépérir ; or c'est elle qui porte directement atteinte au libre arbitre, chacun sous le joug de l'idéologie, étant amené à sacrifier sa raison à la thèse intransgressible et considérée comme

---

<sup>43</sup> René Rémond, *Histoire des États-Unis*, op. cit., p. 31.

<sup>44</sup> René Rémond, op. cit., p. 34.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>46</sup> Jean-Paul Goffinon, « Une occasion manquée : John Adams et Tocqueville », in *Tocqueville. La démocratie en questions*, op. cit., p. 138. Et aussi, Jacques Nantet, op. cit. p. 30.

obligatoire pour tous<sup>47</sup>. L'idéologie écartée, ce qui tient ensemble les Américains, c'est la recherche de l'intérêt, dans la ligne directe du puritanisme qui permet à chacun de faire son salut sur terre en s'enrichissant<sup>48</sup>.

\* \*  
\*

En définitive, à l'origine de l'histoire de France et de l'histoire américaine, deux modèles de démocratie paraissent résolument opposés. La démocratie en France s'est épanouie à l'intérieur d'un cadre institutionnel préexistant, la monarchie. Le tiers état a confié au roi un pouvoir absolu pour mettre à bas la féodalité et construire un État solide, protecteur du travail et producteur de sécurité. Rien de tel en Amérique. Les institutions anglaises ont disparu en fait ou en droit, et la démocratie a grandi seule et sans obstacle, elle est arrivée d'un seul coup à sa pleine maturité. En France donc la démocratie ne triomphe complètement qu'après la destruction de la monarchie ; elle arrive donc en quelque sorte au terme d'une longue histoire. En Amérique, au contraire, par ce que Tocqueville appelle le « privilège du commencement » la démocratie est constituée d'emblée avec tous les caractères de la pleine maturité.

Maintenant, une question se pose : les deux formes de la démocratie, la française et l'américaine sont-elles appelées à se rejoindre et à n'en faire plus qu'une, ou bien la démocratie américaine triomphera-t-elle seule et s'imposera-t-elle partout ? Cette deuxième hypothèse était celle de Tocqueville. D'où la fameuse « terreur religieuse » qui s'emparait de l'auteur de *La Démocratie en Amérique* à ce spectacle d'une installation et d'une marche irrésistible à laquelle il serait vain de s'opposer, car ce serait s'opposer à la volonté de Dieu<sup>49</sup>. C'est également l'opinion, près d'un siècle plus tard, de Georges Duhamel qui écrit : « On n'en peut plus douter, cette civilisation est en mesure et en train de conquérir le vieux monde. Cette Amérique représente donc, pour nous, l'Avenir. Qu'à cet instant du débat chacun de nous, Occidentaux, dénonce avec loyauté ce qu'il découvre d'américain dans sa maison, dans son vêtement, dans son âme. Notre avenir ! Tous les stigmates de cette civilisation dévorante, nous pourrons, avant vingt ans, les découvrir sur les membres de l'Europe. Pour une poignée d'hommes qui considèrent le phénomène avec défiance et tristesse, ils sont mille qui l'appellent à grand cris »<sup>50</sup>. Ce modèle démocratique américain, est-on si sûrs qu'il l'emportera ? Il a pour lui la vitalité persistante de son peuple qui lance sans arrêt de nouveaux défis : la conquête de l'espace, la révolution technologique, le

---

<sup>47</sup> Jacques Nantet, *op. cit.*, p. 134.

<sup>48</sup> Claude Fohlen, *Les États-Unis au XX<sup>e</sup> siècle*, Aubier, collection historique, 1988, p. 20.

<sup>49</sup> Camille Tarot, *op. cit.*, p. 83.

<sup>50</sup> Georges Duhamel, *Scènes de la vie future*, Mercure de France, 1930, rééd. 1956, p. 17.

contrôle général des circuits financiers sont autant de preuves de ce dynamisme toujours renouvelé.

Reste que le modèle démocratique français est plus conforme à ce que nous enseigne l'histoire car il incarne l'essence du politique qu'il s'affirme dans le conflit et la révolution, qu'il institutionnalise la guerre sans fin entre majorité et minorité, entre démocratie et oligarchie. Aux États-Unis, la démocratie n'a pu se maintenir dans l'état d'innocence primitive ; elle a été confrontée à l'opposition d'une oligarchie industrielle, financière, culturelle qui a pris souvent le dessus. Les Américains font donc comme nous de la politique. Aux candidats du peuple, s'opposent désormais les candidats de ce qu'il est convenu d'appeler les élites. Bref, les États-Unis rentrent dans l'histoire dans la lutte permanente des contraires ; à certains égards, leur expérience n'est plus une exception, elle devient un avatar parmi tant d'autres des luttes éternelles entre les forces qui se disputent le pouvoir en Occident. On en vient à se demander si ce n'est pas la France ou plus généralement l'Europe qui sera l'avenir de l'Amérique.

# LA MARCHANDISATION DU RELIGIEUX

Par  
Philippe GAST  
Maître de conférences en droit privé  
à l'Université Le Havre-Normandie  
Ancien avocat au Barreau de Paris

Une certaine opposition apparaît entre la notion de marchandisation et de religion.

La marchandisation en effet renvoie à l'idée de marchand, de marchandise, d'échange avec pour objectif le profit : une recherche quantitative. La marchandisation apparaît quand les rapports humains ne sont vus que de façon quantitative, l'obsession principale dans une société asservie à la marchandisation étant de savoir combien le consommateur va rapporter ? Cette obsession engendre une financiarisation de la société où l'argent devient roi : d'un moyen il devient un but, illustré par l'adage espagnol : « *perder su vida para ganarla* ». On pourrait résumer la doctrine de ce phénomène de marchandisation, en parodiant la devise de la monnaie américaine : « *in go(l)d we trust* » !

Au contraire, la religion semble avoir pour objet une recherche qualitative (l'Être plutôt que l'Avoir), comme cela ressort de l'art sacré et de l'étymologie même du mot : en latin, *re-ligare* désigne le fait de se relier à un Éternel, dans une double dimension : une dimension verticale, mystique ; et une autre horizontale, renvoyant à un lien collectif de nature dogmatique, qui relie les membres d'une communauté<sup>1</sup>.

La liberté a certainement une influence sur le religieux, puisqu'elle permet la diversité religieuse. Et c'est sur cette liberté que se sont construits les systèmes juridiques Américains et Français.

En effet, les États-Unis se sont construits sur deux libertés : d'une part, sur la liberté de religion au niveau spirituel, puisque beaucoup des premiers colons

---

<sup>1</sup> Croyance en la Vérité incontestable des paroles du fondateur (ce qui est, sur le plan de la méthode contraire à la démocratie et à la science, fondées sur le respect du consensus au moins majoritaire et le respect de la critique minoritaire).

étaient issus de minorités religieuses – protestantes, mormons, amish... – fuyant l'Europe intolérante pour construire leur utopie religieuse sur le nouveau continent ; et d'autre part, sur la liberté économique<sup>2</sup> sur le plan matériel : le libéralisme est pour cette raison au fondement constitutionnel du droit américain.

Sur ce plan constitutionnel, on trouve les mêmes fondements pour le droit français à travers la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, qui est – de peu – postérieure à la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776. On connaît néanmoins les liens de filiation entre l'esprit français des Lumières (séparation des pouvoirs de Montesquieu en vue de garantir la liberté, les plaidoyers pour la liberté et la tolérance religieuse de Voltaire, la Volonté générale chère à Rousseau) et les déclarations américaines : il y a donc eu incontestablement des échanges d'idées entre les deux nations, l'Amérique tentant de se débarrasser du « despotisme » de la monarchie anglaise et la France, du despotisme de la monarchie française : l'intelligentsia des deux nations était d'ailleurs très liée, imbibée de la même idéologie proche de la franc-maçonnerie (Franklin, Jefferson, Lafayette etc.).

Néanmoins, sur cette base commune, la France a eu une histoire constitutionnelle très mouvementée et les droits de l'homme qui ont été appliqués sous Louis XVI, ont disparu du champ positif avec l'avènement de la Ire République qui sombra dans la Terreur, et les systèmes autoritaires qui ont suivi... jusqu'en 1971 et leur fameuse réintégration dans le bloc de constitutionnalité par le Conseil Constitutionnel<sup>3</sup>. Les 5 Républiques se sont donc construites sans que les Droits de l'Homme aient eu de valeur en droit.

C'est par la loi finalement, que les libertés seront installées puis se développeront. Ainsi la libre propriété et la liberté contractuelle furent garanties légalement aux articles 544 s. et 1108 s. du Code civil napoléonien, tout comme la liberté religieuse fût garantie (et surtout encadrée) par le Concordat de 1801 également napoléonien. Napoléon Ier est ainsi à l'origine de l'enracinement du libéralisme « à la française ».

Si les libertés publiques sont progressivement revenues dans le droit, avec le retour de la démocratie représentative sous la III<sup>e</sup> République, c'est encore grâce à l'action du législateur. Celui-ci a consacré la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881, la liberté d'association dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 et liberté religieuse par la loi sur la séparation des églises et de l'État du 9 décembre 1905. Diverses lois sociales influencées par les idéologies marxistes vinrent ensuite au 20<sup>e</sup> siècle réduire la liberté économique, en consacrant par exemple la liberté syndicale (loi du 21 mars 1884) ou un système d'assurances sociales (loi du 15 juin 1883).

---

<sup>2</sup> Basée elle-même sur la liberté de propriété et la liberté contractuelle – dont la liberté du commerce, qui est à la base juridique de la marchandisation, quand elle est poussée à l'extrême !

<sup>3</sup> CC 44 DC du 16.7.1971, Liberté d'association, GDCC.

Néanmoins, il faut souligner l'antinomie entre le libéralisme économique qui exacerbe la consommation frénétique, en transformant le citoyen en « consommateur », et la recherche spirituelle à la base des grandes religions. Alors que le premier magnifie l'égo individuel et l'illusionne par la promesse d'un bonheur quantitatif à travers la multiplication des biens de consommation, les secondes prônent pour beaucoup l'abandon des richesses matérielles. Tandis que le premier en revient à confondre l'Être et l'Avoir, le second fait du renoncement à l'Avoir la condition d'accès à l'Être (Bouddhisme, Hindouisme, Christianisme, prophétisme juif, certains maîtres soufis). On trouve de telles injonctions au renoncement dans les divers types de monachisme : bouddhiste, et hindou en Orient ; orthodoxes et catholiques en Occident.

Pour leur part, les monachismes chrétiens insistent sur la pauvreté, la chasteté et l'obéissance. Outre qu'ils constituent les trois vœux du moine, ces préceptes sont fondés directement sur les Évangiles. Le Christ – qui, il faut le rappeler, vécut sans domicile fixe pendant sa période de prêche – enseigne : « Vous ne pouvez servir Dieu et l'Argent »<sup>4</sup>. Il qualifie même de fou « le riche dont les terres avaient beaucoup rapportées » et qui « amasse pour lui-même, au lieu d'être riche en vue de Dieu »<sup>5</sup>. Il conseille au contraire : « gardez-vous de toute avidité »<sup>6</sup> car « les soucis, la richesse et les plaisirs de la vie »<sup>7</sup>, sont inséparables. Il présente ainsi la souffrance comme une cause de l'enrichissement. Dans l'épisode des marchands temple, le Christ renversant les étalages, fustige de même les marchands qui utilisent le religieux pour faire des bénéfices ainsi que les prêtres qui en sont les complices<sup>8</sup> ! Il insiste encore dans son fameux « Rendez à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César »<sup>9</sup> sur l'importance de séparer le temporel et le spirituel, annonçant en cela la laïcité. Plus directement encore, il affirme que « Les affamés », Dieu « les a comblés de biens et les riches, il les a renvoyés les mains vides »<sup>10</sup>. Ailleurs, au riche qui lui dit respecter scrupuleusement les dix commandements de Moïse, Jésus répond : « Une seule chose encore te manque : tout ce que tu as, vends le, distribue le aux pauvres et tu auras un trésor au ciel ; puis viens et suis-moi »<sup>11</sup>; et devant le dépit du riche qui se détourne, il commente : « oui il est plus facile à un chameau d'entrer dans le trou d'une aiguille qu'à un riche de rentrer dans le royaume de Dieu »<sup>12</sup> ; « de la même façon quiconque parmi vous ne renonce pas à tout ce

---

<sup>4</sup> Mathieu 6 :34, *La bible, traduction oecuménique de la bible*, Cerf 1989.

<sup>5</sup> Lc 12, 18 *Ibid.*

<sup>6</sup> Lc 12 :15 *Ibid.*

<sup>7</sup> Lc 8 :14 *Ibid.*

<sup>8</sup> Jn 2 :13-16, Mt 21 :12-13 *Ibid.*

<sup>9</sup> Lc 20 :25 *Ibid.*

<sup>10</sup> Lc 1 : 53 *Ibid.*

<sup>11</sup> Lc 18 :22 (ou Mt 19 : 23) *Ibid.*

<sup>12</sup> Lc 18 :25 *Ibid.*

qu'il possède ne peut être mon disciple »<sup>13</sup>. Sachant que « Le royaume de Dieu est en vous »<sup>14</sup>, c'est-à-dire que le Contentement suprême est en chaque croyant, dans sa propre conscience, la religion chrétienne converge sur ces questions avec les prescriptions bouddhiques.

En effet le *vinaya pittaka* (3<sup>e</sup> livre du canon bouddhique) contient les règles monastiques<sup>15</sup>. Le Bouddha, qui vécut lui-même pendant près de 50 ans sans domicile fixe, prescrit aux bonzes de ne pas posséder plus de huit objets : trois vêtements (deux sous-vêtements, une toge), une ceinture pour le vêtement de dessous, un bol pour recueillir la nourriture, un rasoir, une aiguille (nécessaire à couture) pour réparer ses vêtements, un filtre à eau pour ôter les êtres vivants de son eau afin que ni lui ni eux ne soient blessés. Dans son sermon de Bénarès, le Bouddha enjoignait à la voie du milieu, sans excès, accessible par la pensée juste, la parole juste, l'action juste, le mode de vie juste (sans nuire à autrui, ce qui correspond parfaitement à l'article 4 de la DDHC), la concentration juste, l'attention juste et la vue juste<sup>16</sup> (libérée de l'illusion du monde et d'un bonheur illusoire éphémère, puisque basé sur des objets et des sensations éphémères<sup>17</sup>).

Ce renoncement est encore plus présent dans les voies anachorétiques présentes dans l'Hindouisme, le Bouddhisme, le Christianisme, le Taoïsme et le Judaïsme des prophètes. On relèvera en particulier dans l'Hindouisme les *sadhu* et les *nanga sannyasin* qui sont des ascètes au renoncement extrême (ceux-ci renonçant même à tout vêtement). Les règles se trouvent exposées dans le Code des Lois de Manou<sup>18</sup> où même la caste des Brahmines se voit prescrire de se consacrer aux austérités (livre 3 v 134) car c'est son rôle social juste, son *dharma*.

« L'homme qui entend, touche, voit, mange, sent des choses qui peuvent lui plaire ou lui répugner sans éprouver ni joie ni tristesse, doit être reconnu comme ayant dompté les organes » (L2, v98). En effet, « en se livrant au penchant des organes vers la sensualité on ne peut manquer de tomber en faute ; mais en leur imposant un frein, on parvient au bonheur suprême » (L2, v93) car « le désir n'est jamais satisfait par la jouissance de l'objet désiré : semblable au feu dans lequel on répand du beurre clarifié, ne fait que s'enflammer davantage » (v94). Ainsi « comparez celui qui jouit de tous les plaisirs des sens et celui qui y renonce entièrement : le dernier est bien supérieur, car l'abandon complet de tous les désirs est préférable à leur accomplissement (v95), en effet il est libéré ». On voit clairement que la doctrine du renoncement est perçue dans la tradition hindoue comme supérieure à toute autre. On retrouvera même cette injonction pour le

---

<sup>13</sup> Lc 14:33 *Ibid.*

<sup>14</sup> Lc 17 :21 note J, *Ibid.*

<sup>15</sup> Cf de Wijayaratna, *Le moine Bouddhiste*, Cerf 1983.

<sup>16</sup> Cf Wijayaratna, *Les sermons du Bouddha*, Cerf 1988.

<sup>17</sup> L'étymologie du mot *Nirvana* désignant l'extinction du désir.

<sup>18</sup> Code de loi deux fois millénaire de l'Inde ancienne. Cf Loiseleur-Deslongchamps T., *Lois de Manou* Editions Garnier/d'aujourd'hui 1978.

quatrième âge des pères de famille ! Pour le quatrième âge de la vie, celui du renoncement de tout père de famille (ou, plus tôt, pour celui qui choisit cette voie dès sa jeunesse) le livre 6 des Lois de Manou enjoint : « quittant le village pour se retirer dans la forêt, qu'il y demeure maîtrisant ses organes des sens, se nourrissant d'herbes sauvages et de racines, se vêtissent d'écorces » (v5 et 6) ; et dans le livre 4 verset 2 : « tout moyen d'existence qui ne fait point de tort aux êtres vivants, ou leur en fait le moins possible est celui qu'un brahmine doit adopter pour vivre, excepté dans les cas désespérés ».

On le voit, ces injonctions tant christiques, bouddhiques qu'hindoues, poussent au renoncement et sont clairement contre toute forme de consommation au-delà du simple maintien du corps !

Mais il est vrai que certaines traditions religieuses (la plupart du temps dans leur dimension institutionnelle) sont souvent ambiguës sur l'enrichissement : à côté des injonctions au renoncement, on trouve ainsi dans le texte biblique de l'ancien testament du Judaïsme (la Tora) l'injonction « croissez et multipliez »<sup>19</sup>, avec une restriction du prêt à intérêt interdit entre juifs<sup>20</sup>, mais autorisé envers les non juifs, fustigeant la pauvreté<sup>21</sup> comme une malédiction divine (égoïsme collectif). Contrairement aux institutions catholiques qui sont restées longtemps sur cet interdit<sup>22</sup> (et qui se sont retrouvées souvent en opposition avec les monarchies<sup>23</sup> et autres oligarchies locales comme de nombreuses cités italiennes – lombardes en particulier), les églises protestantes<sup>24</sup> ont créé une diversification structurelle et religieuse favorable à ce développement financier (tout en soutenant le mouvement de démocratisation et donc une certaine redistribution).

---

<sup>19</sup> Genèse 9 :7 (TOB, *op. cit.*).

<sup>20</sup> Deutéronome 23 : 20 : « Tu ne feras à ton frère aucun prêt à intérêt ; ni prêt d'argent, ni prêt de nourriture, ni prêt de quoique ce soit qui puisse rapporter des intérêts. À un étranger, tu feras des prêts à intérêt, mais à ton frère tu n'en feras pas, pour que le Seigneur ton Dieu te bénisse dans toutes tes entreprises au pays où tu vas entrer pour en prendre possession » (TOB *Ibid.*).

<sup>21</sup> Le pauvre est présenté dans le judaïsme comme un indigent victime des malheurs occasionnés par ses propres péchés, comme signe d'une malédiction divine « Ma faute est trop lourde à porter [...] je serai errant et vagabond sur la terre » (cf. Gn 4,8-14) (TOB, *Ibid.*).

<sup>22</sup> La législation canonique condamnera le prêt à intérêt jusqu'en 1830 (*Codex iuris canonici*, c.1735) et le Vatican n'a rendu licite le prêt à intérêt qu'en 1917 : « Si une chose fongible est donnée à quelqu'un en propriété et ne doit être restituée ensuite qu'en même genre, aucun gain à raison du même contrat ne peut être perçu ; mais dans la prestation d'une chose fongible, il n'est pas illicite en soi de convenir d'un profit légal, à moins qu'il n'apparaisse comme immodéré, ou même d'un profit plus élevé, si un titre juste et proportionné peut être invoqué » (*Codex iuris canonici*, canon 1543).

<sup>23</sup> En effet, par exemple Philippe Auguste expulsa les Juifs, puis les réintégra en 1198 et autorisa alors le prêt à intérêt. L'interdiction fut rétablie sous Louis VIII en 1223. Mais comme les rois de France avaient besoin de beaucoup d'argent et que le prêt à intérêt est seul à permettre l'obtention de prêts, les rois l'ont souvent soutenu en contradiction avec l'Église.

<sup>24</sup> Sous la plume de Calvin, dans sa lettre sur l'usure en 1545, le protestantisme justifie la légitimité de l'intérêt : le capital ayant un « caractère de bien immédiatement productif ». Pourtant le Protestantisme sera aussi un vecteur des tendances démocratiques et d'un certain équilibre social (hormis le soutien de certains mouvements protestants à l'esclavage, justifié par la référence à la malédiction de Noé envers les descendants de Canaan, supposé être l'ancêtre des africains -Genèse 9,25 TOB *Ibid.*).

Puis petit à petit, l'Europe se dégageant de la tutelle religieuse, le prêt à intérêt s'est alors de nouveau développé, notamment en France à partir de la Révolution<sup>25</sup>.

Le monde musulman, du fait que Mahomet était lui-même commerçant, a largement été ouvert au commerce et pendant plusieurs siècles le monde musulman a eu une économie florissante grâce au commerce<sup>26</sup>.

Mais le naufrage des économies marxistes dans la deuxième partie du XXe siècle<sup>27</sup> vit le retour, dès Raymond Barre<sup>28</sup>, du libéralisme (que l'on peut appeler désormais néolibéralisme) en France (mais de courte durée et avec divers aléas de cohabitation comme sous les présidences Mitterrand – officiellement socialiste mais qui signa le traité européen de Maastricht, hautement néo-libéral – et Chirac).

Toutefois, il ne faut pas oublier une forme de néolibéralisme Européen<sup>29</sup> bien inscrite au départ du Traité de Rome, longtemps peu visible, mais aujourd'hui omniprésente, qui vise la liberté de circulation des biens – des finances en particulier – et des citoyens – européens –, reprenant la vieille formule célèbre de Gournay : « laissez faire les hommes, laissez passer les biens »<sup>30</sup> devenu l'adage libéral « laissez faire, laissez passer »<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Les lois contre le prêt à intérêt ne sont officiellement abrogées dans la plupart des pays européens qu'au XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>26</sup> En effet *Le Coran* (Traduction MASSON la Pléiade, Gallimard 1967) indique : « Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure » (s.2 v.275) ; « Dieu anéantira les profits de l'usure et il fera fructifier l'aumône » (v.275). Et aussi : « l'intérêt usuraire que vous versez pour accroître les biens d'autrui ne les accroît pas auprès de Dieu, mais ce que vous donnez en aumône en désirant la face de Dieu, voilà qui doublera vos biens » (s. 30, v. 39) ou dans la traduction de Chouraqui (grand linguiste sémitologue) (s.30,v.39). « Ce que vous prêtez à intérêt pour profiter des biens d'autrui ne prospère pas chez Allah. Ce que vous donnez en dîmes est agréé en face d'Allah. Voilà ce qui double votre bien ».

<sup>27</sup> Et même si les théories de Keynes après la crise de 29, avaient vu, un temps, le retour de l'État interventionniste.

<sup>28</sup> Premier ministre de 1976 à 1981, avant Thatcher (de 1979 à 1990) et Reagan (de 1981 à 1989) !

<sup>29</sup> Raymond Barre fut d'ailleurs vice-président de la Commission européenne de 1967 à 1973.

<sup>30</sup> Sous Louis XV Vincent de Gournay l'exposa en 1753 : « Tout homme qui agit s'enrichit, ou en enrichit un autre. Au contraire tout homme qui ne fait rien s'appauvrit, ou appauvrit celui aux dépens duquel il vit. Ces deux mots, laissez faire et laissez passer, étant deux sources continuelles d'actions, seraient donc pour nous deux sources continuelles de richesses », in *Conclusion des Réflexions sur la contrebande*. Il conseilla Turgot par la suite (qui commit d'ailleurs un *Eloge de Vincent de Gournay* en 1759) et fut le premier à dénoncer les privilèges acquis par les monopoles et l'inefficacité des réglementations.

« Ce que l'État doit à chacun de ses membres c'est la destruction des obstacles qui les gênaient dans leur industrie (...). Les hommes sont-ils puissamment intéressés au bien que vous voulez leur procurer ? Laissez-les faire. Voilà le grand, l'unique principe » (Turgot, « Article Fondation », in *l'Encyclopédie de D'Alembert et Diderot*). Ces auteurs fondèrent le libéralisme moderne (avec Adam Smith et sa « main invisible », régulatrice naturelle du marché), qui fut concrétisé par la libre propriété proclamée par les Droits de l'Homme. Ces principes furent intégrés par la suite en droit positif par la liberté du Commerce (loi le Chapelier du 14 juin 1791) et se développèrent dans le Code civil napoléonien par la propriété (art. 544) et la liberté contractuelle (art. 1108 s. - 1101 désormais et s.-).

<sup>31</sup> Mais qui nécessite des régulations faute de quoi l'excès de liberté tuerait la liberté (lois antitrust par ex aux USA et anti position dominante dans l' UE)

Cette période néo-libérale<sup>32</sup> on peut la dater en Europe du Traité de Rome de 1957. Mais on la retrouve de façon plus embryonnaire dans le traité CECA de 1951 et même dans le plan Marshall (European Recovery Program) de 1947 : dès lors qu'il est à l'origine de l'influence économique américaine en Europe et de la diffusion au sein du continent, via la PAC et le traité CETA, d'un modèle industriel et agro-industriel de plus en plus contesté au nom de mouvements nationalistes et (paradoxalement) écologistes.

Si tout cela est connu, ce néolibéralisme a également eu un impact sur la religion, tant sur le plan des institutions (I) que des pratiques religieuses (II).

## I. LE NÉOLIBÉRALISME ET LA RELIGION

On constate que les institutions religieuses affaiblies par le libéralisme (A) participent au renouveau nationaliste (B).

### A. LE LIBERALISME FAVORISE LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE ET DONC L'AFFAIBLISSEMENT DU DOGMATISME DES INSTITUTIONS RELIGIEUSES (SURTOUT DOMINANTES)

Le contexte néo-libéral européen, fut renforcé par la mondialisation<sup>33</sup> du GATT puis de l'OMC. Pendant les 30 glorieuses, et jusqu'à la crise financière de 2008, la mondialisation du libéralisme économique triomphant a vu en occident, une certaine diversité religieuse notamment avec l'arrivée des religions d'immigrants (appelés par les industries florissantes) – Islam des maghrébins, bouddhisme des vietnamiens, hindouisme des indiens dans une moindre mesure,

---

<sup>32</sup> Théorisée en particulier par Von Hayek dans son ouvrage datant de 1944 *La Route de la servitude* (PUF, Paris 2010) en réaction à l'interventionnisme étatique soutenu par Keynes à la suite de la crise de 29.

<sup>33</sup> Véritable revanche du capitalisme sur la démocratie. En effet les pays démocratiques dès le début du 20<sup>e</sup> siècle avec la pression syndicale a instauré des protections sociales qui les rendent économiquement fragiles car non compétitifs faces aux Etats autoritaires où elles n'existent pas (Chine, Bangladesh, Turquie etc). C'est ce dumping social qu'avait dénoncé avec clairvoyance Maurice Allais – prix Nobel français d'économie en 1989 – dans *La mondialisation : destruction des emplois et de la croissance* parue en 1990 (cf. Edition Clément Juglard, Paris 1999). Ce livre démontre que la mondialisation aboutit à des millions de chômeurs en occident et des semi-esclaves dans les pays totaflitaires, renforçant la puissance financière – et militaire – de ceux-ci (Chine, Turquie. Elle avantage en outre les multinationales du commerce basées dans les paradis fiscaux complaisants (Singapour...)). « La mondialisation ne peut qu'engendrer partout instabilité, chômage, injustices, désordres et misères de toutes sortes, et elle ne peut que se révéler finalement désavantageuse pour tous les peuples. (...) Une mondialisation généralisée n'est ni inévitable, ni nécessaire, ni souhaitable. La mondialisation, on ne saurait trop le souligner, ne profite qu'aux multinationales. Elles en tirent d'énormes profits » (Maurice Allais cité in [http://www.liberation.fr/futurs/2010/10/11/deces-de-maurice-allais-prix-nobel-liberal-et-protectionnisme\\_685598](http://www.liberation.fr/futurs/2010/10/11/deces-de-maurice-allais-prix-nobel-liberal-et-protectionnisme_685598)).

et leur enracinement du fait du regroupement familial initié par Raymond Barre. On peut évoquer aussi la résurgence des religions traditionnelles dans les pays ex-communistes. L'arrivée des sectes protestantes américaines (témoins de Jéhovah, Évangélistes etc.) ou se présentant comme nouvelles religions (Scientologie<sup>34</sup>), qui avec leur puissance financière, tentent de conquérir ces nouveaux territoires laissés presque sans culture religieuse (ex-pays communistes, Afrique décolonisée etc.), participe également à cette diversification religieuse.

Toutefois, ce libéralisme permet à des institutions religieuses, d'être en concurrence, et tels des supermarchés du religieux, proposer l'Éternité au plus offrant, avec toutes sortes de techniques marketing (comme le *love fishing* que l'on a trouvé dans certaines sectes), ou même des publicités télévisées (catholiques sur certaines chaînes d'information continue – BFM TV<sup>35</sup>, LCI – pour *jecroisjelegue.fr*). Ainsi certaines institutions religieuses peuvent paradoxalement s'enrichir, alors que d'autres perdent de leur influence (Catholicisme en recul dans toute l'Europe qui en est réduit à payer des spots publicitaires !).

On doit souligner malgré tout que le phénomène religieux en Occident (mais aussi dans les ex-pays communistes) a tendance à se réduire : seule une portion minoritaire de la population pratique régulièrement une religion (4,5% de la population française va à la messe dominicale<sup>36</sup>).

C'est probablement par cette constatation que les Islamistes tentèrent de récupérer le « Printemps arabe » en empêchant toute démocratisation et toute laïcisation<sup>37</sup>, par nature antidogmatique, en déclenchant une guerre sans merci aux démocraties<sup>38</sup>. La religion fonctionne à l'inverse de la démocratie et de la science pour lesquelles une loi est le résultat d'un consensus majoritaire, la liberté d'expression minoritaire étant garantie car nécessaire à l'évolution des

---

<sup>34</sup> Mais considérées en France comme des sectes (V. le *Rapport Guyard-Gest* de 1995) et objet d'une loi censée les détruire (loi About Picard Loi n°2001-504 du 12.6.2001) mais qui en 10 ans n'a engendré que 5 condamnations et n'a éradiqué aucune des grandes sectes pour laquelle elle avait été proposée ! <http://www.ouvertures.net/10-ans-de-loi-about-picard-5-condamnations-seulement-au-motif-de-derives-sectaires/>

<sup>35</sup> Le 30.10.2017

<sup>36</sup> Selon une étude Ifop, environ 65% des Français se déclaraient catholiques en 2010 (soit plus de 40 millions, loin devant l'islam, 2e religion de France, estimée à 5 millions de fidèles aujourd'hui), contre 87% en 1972. 7% des catholiques (et 4,5% des Français, contre 20% des Français en 1972) étaient considérés comme « messalisants », c'est-à-dire se rendant à la messe au moins une fois par mois. <https://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20160726.AFP2844/l-eglise-catholique-de-france-en-chiffres.html> En 1952, 27 % des catholiques se rendaient à la messe, en 2010 ils n'étaient plus que 4,5 %.

[http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/24/qui-sont-les-catholiques-de-france\\_4354161\\_3224.html#K6q2muyvXG07v36T.99](http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/24/qui-sont-les-catholiques-de-france_4354161_3224.html#K6q2muyvXG07v36T.99)

Rapport d'origine : ifop cf [http://www.ifop.com/media/pressdocument/238-1-document\\_file.pdf](http://www.ifop.com/media/pressdocument/238-1-document_file.pdf)

<sup>37</sup> Comme l'Église catholique lors de la déclaration des droits de l'homme en 1789, et encore certaines branches intégristes – « manif pour tous », anti avortement etc.

<sup>38</sup> Qui tente selon vainement d'y remédier par une juridiciarisation du « terrorisme ».

connaissances. En effet, dans la religion, la minorité cléricale impose son interprétation du texte fondateur et n'admet aucune contestation. Sur le plan juridique, la loi de 1905, garantissant la liberté de religion (art. 1<sup>er</sup>) ainsi que l'égalité des religions (l'État ne reconnaissant ni ne salariant, ni ne subventionnant aucun culte, d'après l'art. 2), s'inscrit, dans cette tradition libérale issue des droits de l'Homme. Mais la loi de 1905, impose que l'Objet de l'association<sup>39</sup> soit exclusivement « l'exercice public du culte », « subvenir aux frais et à l'entretien du culte » et « la création et la gestion des lieux de culte ». On peut rajouter selon le conseil d'État que « toutes les activités qui contribuent à l'acquisition, la location, l'aménagement, l'entretien, ou la construction de lieux de culte ainsi que l'entretien et la formation de ministres du culte et autres personnes concourant au culte »<sup>40</sup>.

Sur le plan financier la loi prévoit diverses possibilités de financements, en relation avec l'objet social :

- le denier du culte (« quêtes et collectes pour les frais du culte » : art. 19 de la loi 1905) ;

- dons et legs : *idem*<sup>41</sup>. Ceux-ci sont transmis au trésorier de l'association, qui les dépose sur le compte. Il en donne un reçu utilisable par le donateur pour obtenir une déduction fiscale (art. 200 du Code général des impôts) ;

- Les cotisations (d'adhésion et/ou d'activité : *idem*)<sup>42</sup> ;

- Les « rétributions pour cérémonies et services religieux » : *idem*.

Sur le plan technique la procédure de création passe par le statut d'association 1901, sauf que tous les 5 ans, l'association cultuelle qui ne doit avoir comme objet que le culte (celui-ci étant entendu par le CE comme les rituels collectifs ouverts au public – mais inclut quand même la 'formation des

---

<sup>39</sup> En application de l'art. 18 de la loi du 9.12.1905.

<sup>40</sup> Cf l'Avis du 24.10.1997 rendu par le Conseil d'État, confirmé par la décision n° 215109 en séance du 31.5.2000.

<sup>41</sup> Rappel des points importants de la réglementation : Capacité à recevoir des dons : art. 910 du CGI ; Taxation sur les dons : art. 777 du CGI, entre personnes non parentes : 60% (donc entre un particulier et une association !) ; Exonération de la taxation sur les dons: Plusieurs articles doivent être combinés concernant l'association donataire (1) mais aussi le donateur (2) : 1) les exonérations bénéficiant à l'association donataire: Concernant l'association elle-même on peut citer l'Article 19 de la loi du 9.12.1905. Enfin, il faut citer surtout l'Article 795 du CGI, al. 1 ; 2) Mais à coté de cela il y a une déduction fiscale dont peut bénéficier le donateur par : l'art. 757 du CGI « sont sujets aux droits de mutation à titre gratuit (...) Ces dispositions ne s'appliquent pas aux dons manuels consentis aux organismes d'intérêt général mentionnés à l'article 200 ». L'art. 200 du CGI (Modifié par Décret n°2017-698 du 2 mai 2017, art. 1er) dispose que « 1. Ouvrent droit à une réduction d'impôt sur le revenu (...) e) D'associations cultuelles et de bienfaisance » ; l'art. 238 bis du CGI (Modifié par Décret n°2010-421 du 27 avril 2010 -) al. 1 précise que « 1. Ouvrent droit à une réduction d'impôt égale (...) b) De fondations ou associations reconnues d'utilité publique ou des musées de France et répondant aux conditions fixées au a), ainsi que d'associations cultuelles ».

<sup>42</sup> En application des articles 207, 5°bis –exonération de l'impôts sur les sociétés – et 261, 7° a,b,c .d du CGI –exonération de la TVA – par le respect de la « règle des 4P » des instructions fiscales de 1998, 2006 : public fermé –membres-; prix inférieur à celui du marché, avec tarif réduit ;produit non en concurrence avec le secteur marchand, pas de publicité.

ministres du culte<sup>7</sup>- comme on l'a vu) doit demander à la préfecture (ou à la direction départementale de l'administration fiscale via la demande d'un rescrit fiscal) de lui confirmer son statut cultuel, en lui fournissant la comptabilité des 4 exercices précédents... Ce qui implique ainsi une certaine surveillance des activités de l'association (d'où le choix pour certaines communautés religieuses, de rester sous la forme 1901, pour éviter cette surveillance !). Cette législation permet donc aux institutions religieuses d'exister en France, et de bénéficier même d'avantages fiscaux plus favorables que d'autres types d'associations (culturelles, sportives etc. non déclarées d'utilité publique ou d'intérêt général), faveur surprenante du fait du mode de fonctionnement religieux dogmatique parfois contraire à l'article 3 de la loi de 1901 qui interdit<sup>43</sup> que l'objet associatif soit contraire à la forme « républicaine de gouvernement »<sup>44</sup> ! Et dès lors que d'après l'article 26 de la loi de 1905 « il est interdit<sup>45</sup> de tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte ». Cette vision très étroite du culte résulte aussi de l'article 7 de la loi de 1905 qui dispose que « Les biens mobiliers ou immobiliers grevés d'une affectation charitable ou de toute autre affectation étrangère à l'exercice du culte. ». Il découle donc de ce texte que l'activité caritative est « étrangère » à « l'exercice du culte ». Il est regrettable que le législateur et à sa suite, les juges<sup>46</sup>, aient réduit la laïcité au

<sup>43</sup> Art. 3 : « Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement est nulle et de nul effet ». Combiné avec l'article 6 du code civil qui dispose que « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>44</sup> Ainsi, si les 5 piliers de l'islam, les 5 pratiques fondamentales (profession de foi, 5 prières quotidiennes, aumône, ramadan annuel, pèlerinage à la Mecque) n'ont rien de contraire à la forme républicaine de gouvernement ni à l'ordre public, il n'en est pas de même de certaines injonctions coraniques à dimension juridique car sanctionnées positivement (les autres, sanctionnées métaphysiquement restent de l'ordre de la morale personnelle – bien qu'elles soient considérées comme juridiques par les pays où la Charia fonde le droit). Ainsi la polygamie ou le port du voile intégral, interdit en France sont pourtant régulièrement pratiqués (cf <http://plus.lefigaro.fr/tag/voile-integral>) sans parler des actes terroristes (Nice le 14.7.2016 cf [http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/07/15/attentat-terroriste-a-nice-au-moins-84-morts-4969732\\_1653578.html?xtmc=attentat\\_de\\_nice&xtcr=39](http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/07/15/attentat-terroriste-a-nice-au-moins-84-morts-4969732_1653578.html?xtmc=attentat_de_nice&xtcr=39) et <http://www.lemonde.fr/attentat-de-nice/>), en application des sourates coraniques qui enjoignent par exemple à « tue(r) les polythéistes, partout où vous les trouverez » (s9.v5 *Ibid.*). Toutes ces règles sont des règles sanctionnées positivement et donc de nature juridique (contrairement à celle sanctionnées métaphysiquement – enfer etc pour les apostats, homosexuels etc.). Leur incitation est donc incompatible avec les lois de la République. Au contraire les Evangiles n'imposent aucune règle de type juridique, sanctionnée positivement, ici et maintenant... En instaurant la laïcité et donc la séparation, l'État s'est libéré de la tutelle ecclésiastique.

<sup>45</sup> De même que l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905: « interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit. à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires ainsi que des musées ou expositions », que le Conseil d'État, dans une décision du 25 octobre 2017, (req. n° 396990 : Fédération morbihannaise de la Libre Pensée et autres) a exactement appliqué en refusant la pose d'une croix au dessus d'une statue de Jean Paul II sur une place publique à Ploermel.

<sup>46</sup> Le terme « culte » utilisé par la loi du 9.12.1905 (art. 2 et 19) est interprété restrictivement par le Conseil d'État, comme étant constitué des « célébrations de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou certainement pratiques »

simple culte laissant à l'État la possibilité de subventionner des activités religieuses non culturelles<sup>47</sup>.

Mais avec la crise de 2008, ce néolibéralisme mondial a été remis en cause et on assiste avec le retour de l'État et du nationalisme, à l'ouverture d'une faille dans laquelle les institutions religieuses essayent de se frayer un retour inespéré, très frappant en Russie et en Turquie par exemple, et même aux États-Unis avec Donald Trump.

## B. LE RETOUR DU NATIONALISME RELIGIEUX ?

Le néolibéralisme des pays démocratiques doit aujourd'hui être nuancé par un certain retour récent du nationalisme : nationalisme économique et xénophobe de Trump aux États-Unis auquel s'ajoutent en Europe le Brexit en Grande-Bretagne, l'accession au pouvoir de partis populistes en Pologne, Hongrie, Autriche, Tchéquie et la montée en puissance du Front National en France et des nationalismes régionalistes en Ecosse, Catalogne, Vénétie, Lombardie, Corse. Le protectionnisme traditionnel chinois peut toutefois également s'analyser comme un nationalisme post communiste<sup>48</sup>, dans la mesure

---

(CE 24.10.1997. Cf A. Dedain *Le culte et la législation* Acte 6, Paris 2011, p. 29) auquel on peut ajouter « l'enseignement religieux » (CE 25.11.1994 *ibid.*). Ainsi dans une décision du 21.1.1983, le Conseil d'État refuse la qualification de culte à une association aux motifs « qu'il ressort des pièces du dossier qu'elle se consacre depuis sa création à l'édition et à la diffusion de publications doctrinales: qu'ainsi elle n'a pas exclusivement un tel objet (culte)" (Leb.p21 ; cf. Duval *Liberté religieuse et régimes des cultes en Droit français*, cerf, Paris, 1996 p270). Le culte exclut donc l'activité commerciale.

Une autre décision du 9.10.1992 décidant l'annulation d'une subvention de la ville de St Louis de la Réunion à une association Hindoue 'Société siva supramanien' qui avait d'autres activités que le 'culte' ; dans le même sens que la décision du 21 janvier 1983 pour l'association Fraternité des serveurs du monde nouveau. Ces jurisprudences font suite à celle de la cour de cassation du 1<sup>o</sup> juillet 1968 Association orthodoxe russe Ste Anastasie, fondant la restriction, même concernant des activités caritatives... (Bull.civ.1, n<sup>o</sup> 189). Ainsi le mot 'culte' a un sens beaucoup plus étroit que le terme religion ou 'activités religieuses' qu'il serait beaucoup plus judicieux d'utiliser et moins hypocrite car bien que tout le monde assimile la laïcité à la séparation entre la religion et l'État, cette restriction aboutit au fait que l'État sous ses différentes formes peut subventionner toutes sortes d'activités religieuses dès lors qu'il ne s'agit pas d'activités 'culturelles'... Il serait donc judicieux de constitutionnaliser la définition de la laïcité comme suit " La République ne reconnaît, ni ne subventionne aucune activité religieuse ; aucune institution religieuse ne saurait s'immiscer dans le processus normatif" comme on le trouve en substance, dans le constitution japonaise par exemple.

<sup>47</sup> Comme le centre culturel (Institut des cultures de l'Islam –ICI-) de la Goutte d'Or financé par la mairie de Paris (22m€) dont une salle de prière de 6m2 et plus de 600 000€ de subventions à l'association (cf [https://www.la-croix.com/Religion/Actualite/La-ville-de-Paris-cree-un-Institut-des-cultures-d-islam-NG\\_-2010-06-02-552427](https://www.la-croix.com/Religion/Actualite/La-ville-de-Paris-cree-un-Institut-des-cultures-d-islam-NG_-2010-06-02-552427)). Salle de prière qui apparaît également sur le site de la mairie de Paris (cf <http://equipement.paris.fr/institut-des-cultures-d-islam-ici-5019>) Salle revendue à la Mosquée de Paris pour 2,2 m € (pour la forme donc). Mais dont le deuxième volet du projet est désormais suspendu, car très décrié dans son aspect culturel par la Maire Hidalgo elle-même, une autre salle de prière devant en effet être construite ... (cf <http://www.telarama.fr/sortir/entre-la-mairie-de-paris-et-l-institut-des-cultures-d-islam-c-est-le-souk.138494.php>)

<sup>48</sup> En particulier il est quasi impossible à un occidental d'acquérir la propriété immobilière, ou pour une entreprise occidentale de posséder plus de 50% d'une entreprise chinoise, alors que l'inverse est possible...

où la « nouvelle route de la soie » cache un véritable impérialisme déguisé : le plan « une ceinture une route » est bien un projet étatique qui prétend à la libre circulation des biens quand pour servir les intérêts chinois contre le protectionnisme de Trump. L'analyse est transposable à la Russie poutinienne etc.

Conséquence de la crise financière de 2008, ces mouvements tendent à revenir à des échanges économiques maîtrisés par les États<sup>49</sup>, voire à un interventionnisme par essence anti libéral. En Europe, il est alimenté par la xénophobie nourrie de la pression migratoire très forte engendrée par le « printemps arabe » et ses conséquences. Surtout depuis la décision de l'Allemagne d'accueillir plus d'un million de musulmans provenant en particulier de Syrie<sup>50</sup> et de voir l'ensemble des pays européens consentir à des quotas de répartitions des réfugiés. Car ce souhait est à l'origine de la vague populiste dans les pays de l'Europe de l'Est. Tandis qu'elle a été alimentée en Autriche et en Hongrie par le souvenir des invasions turques du XVIe siècle, la très Catholique Pologne voit d'un mauvais œil ce que ses dirigeants qualifient d'« invasion musulmane » larvée.

Le glissement de la période néolibérale vers un nationalisme affiché n'est pas sans lien avec le religieux, car l'identité religieuse constitue une grande partie de l'identité individuelle<sup>51</sup> et nationale<sup>52</sup>. C'est notamment le cas dans les pays autoritaires. Il n'est ainsi pas étonnant qu'on assiste au même moment au retour en grâce de l'orthodoxie en Russie, du taïisme confucéen et du bouddhisme en Chine, de l'hindouisme en Inde, de l'islam dans les pays musulmans (comme la Turquie d'Erdogan), du catholicisme en Pologne. Cette involution est frappante

---

Comme c'est le cas pour de nombreux châteaux du bordelais achetés par des milliardaires chinois qui exportent le vin en Chine.. cf Pierre Demoux, *Les Echos* le 22.11.2017 <https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/030914813929-les-chinois-continuent-de-grignoter-des-champs-francais-2132616.php> et César Compadre, *Sud Ouest* 4.11.2016 <http://www.sudouest.fr/2016/11/04/le-vrai-poids-des-investisseurs-chinois-dans-les-vins-de-bordeaux-2557726-7520.php>

<sup>49</sup> N'a-t-on pas vu la GB et les USA nationaliser certaines banques (Freddie Mac et Fannie Mae aux USA et Bradford et Bingley) et les USA soutenir massivement leur industrie par le plan Paulson (général motors)? Cf *La tribune* du 29.38.2008 <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/finances--marches/banque/20080929trib000176524/de-fortis-a-bradford-la-finance-europeenne-touchee-a-son-tour-par-la-crise.html>

<sup>50</sup> Intention louable pour protéger des populations menacées ...mais bien sûr uniquement si ce sont des réfugiées politiques démocrates, c'est-à-dire des personnes persécutées pour leur combat pour la liberté, non pour protéger des islamistes, -comme la France du temps de Khomeyni-! Derrière cette intention affichée de Mme Merkel, il faut y voir aussi d'ailleurs, une intention socio économique (dénatalité et besoin main d'œuvre) d'une industrie allemande en expansion et qui besoin de main d'œuvre assez qualifiée -En Syrie le niveau de formation était bon- la population allemande étant en décroissance démographiquement...mais n'aurait-il pas mieux valu établir une sorte d'ANPE européenne pour permettre aux nombreux chômeurs du sud de l'Europe de venir travailler en Allemagne ?

<sup>51</sup> La religion permet une identification globale : physique (nourriture, pratiques corporelles -yoga-), intellectuelle (dogmes métaphysiques), spirituelle (pratiques méditatives, prières ou rites).

<sup>52</sup> Les pays baltes avaient été constitués sur la base de divergences religieuses, ou encore l'ex Yougoslavie, l'Inde et le Pakistan etc

lorsque l'on sait que les pays de l'Europe de l'Ouest, démocratiques depuis plusieurs générations, ont vu la référence religieuse se réduire de plus en plus et se diversifier, tant par le jeu des migrations, que par l'ouverture culturelle aux autres civilisations engendrée par l'émigration etc. Dans ce contexte, les institutions religieuses traditionnelles rêvent de redevenir des religions d'État, pour contourner le marketing auquel le libéralisme les a contraintes. On notera également que depuis leur indépendance, les pays arabes (du golfe) dans une conquête nationalo-religieuse utilisent les pétrodollars pour financer des mosquées salafistes<sup>53</sup> jusqu'en occident depuis une trentaine d'années, profitant des libertés religieuses et de la tolérance de dirigeants parfois trop laxistes : ceux-ci sont rétrospectivement accusés d'avoir autorisé des prêcheurs étrangers à développer une lecture juridique de la Charia contraire au droit démocratique<sup>54</sup>, et de les avoir laissés profiter des difficultés d'insertion économique et sociale des populations issues de l'immigration. Le reproche est d'autant plus cinglant que dans le même temps aucune réciprocité n'était exigée : a-t-on vu des prêcheurs d'autres religions en Arabie saoudite, et même en Turquie où le séminaire orthodoxe est fermé depuis des décennies (bien qu'elle soit membre du conseil de l'Europe) ?

Mais le néolibéralisme n'a pas eu seulement un impact sur les institutions, la marchandisation qui l'accompagne a aussi affecté les pratiques religieuses.

## II. LA MARCHANDISATION DES PRATIQUES RELIGIEUSES

La marchandisation favorisée par le néolibéralisme a touché les pratiques religieuses traditionnellement non marchandes (A) et s'est traduite par une financiarisation des pratiques religieuses traditionnellement marchandes (B).

### A. LES PRATIQUES TRADITIONNELLEMENT NON MARCHANDES

---

<sup>53</sup> Issu du wahabisme, Wahab étant un théoricien du 18<sup>e</sup> siècle, qui a prôné (probablement par blessure narcissique) face aux lumières de l'Europe, un retour à la lettre du Coran.

<sup>54</sup> On rappellera la loi sur la presse interdit l'incitation à la haine religieuse ou la discrimination sexiste, qui est présente dans le Coran comme on l'a vu. Il suffirait d'enregistrer systématiquement tous les prêches – les associations culturelles ayant des cultes ouverts au public- et de voir si des incitations à la violation de l'ordre public sont proférées –la liberté d'opinion, garantie dans nos démocraties, en effet, est à distinguer de l'incitation à commettre des infractions, qui est un début d'action, qui constitue un délit de presse quand il y a provocation aux crimes et autres délits des articles 23 et s. de la loi sur la presse (cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000087119>).

Dès le début des années 1950, on assiste aux États-Unis à la vulgarisation sous forme marchande de pratiques spirituelles religieuses : on songe à l'hindouisme, avec l'arrivée de Yogananda et la création d'écoles de (*hatha*) Yoga, au Maharishi Mahesh yogi avec la création d'école de Méditation Transcendantale, ainsi qu'au développement du Qi Cong issu du taïisme et autres Kung Fu, art martial bouddhiste chinois<sup>55</sup>. De même, le néolibéralisme a favorisé la transformation en véritables marchés des médecines traditionnelles comme l'*Ayur véda* issu de l'Hindouisme, l'acupuncture issue du taïisme chinois, ou encore la médecine bouddhiste tibétaine des *amchi*<sup>56</sup>. Les influences réciproques de ces mouvements finit d'ailleurs par développer un galimatias de croyances et de pratiques plus ou moins exotiques, où l'argent, le paranormal, les pratiques sexuelles « tantriques » et autres « gongs à *chakra* » fusionnèrent dans les années 60 dans le « New Age ». Le tout a abouti au développement de nouveaux mouvements religieux plus ou moins sectaires<sup>57</sup> où le spirituel a été remplacé par la recherche du « bien être » et autre « développement personnel », concepts désormais à la mode<sup>58</sup>. Mais peut être fallait-il en passer par ce galimatias pour accéder à un universalisme auquel l'Occident semble tendre, conformément à l'aspiration scientifique et démocratique humaniste du siècle des Lumières. Cet universalisme se trouve également dans certains principes moraux – et juridiques – universels (ne pas tuer, ne pas voler, ne pas violer, ne

<sup>55</sup> Dans la tradition authentique, ces disciplines étaient enseignées par un maître, qui ne recevait que des dons : la notion de 'tarification' était inconnue (ces systèmes de dons exclusifs se retrouvent dans l'hindouisme moderne d'une organisation comme celles d'Amma - <http://fr.embracingtheworld.org/> - pour l'hindouisme ou vipassana - [www.dhamma.org/fr/](http://www.dhamma.org/fr/) - pour le bouddhisme).

<sup>56</sup> Alors que traditionnellement les médecins étaient rémunérés également, par des dons de leurs patients et non par des prestations tarifées.

<sup>57</sup> Comme la Scientologie, pure produit américain qui facture ses services à des coûts importants (environ 100 000€). On rappellera que La Cour d'Appel de Lyon dans un arrêt du 28.7.1997 a réaffirmé le principe de laïcité : « Attendu qu'il serait vain dès lors de s'interroger sur le point de savoir si l'Eglise de Scientologie constitue une secte ou une religion, la liberté de croyance étant absolue; que dans la mesure où une religion peut se définir par la coïncidence de deux éléments, un élément "objectif, l'existence d'une communauté même réduite et un élément subjectif, une foi commune, l'Eglise de Scientologie peut revendiquer le titre de religion ». La cour pourtant ne s'est malheureusement pas interrogée si l'escroquerie qui a été condamnée en l'espèce, était intrinsèquement liée à la doctrine de la scientologie ou non, ce qui du coup aurait pu la faire qualifier de secte, c'est-à-dire d'organisme qui commet ou fait commettre des infractions en rapport avec sa doctrine, seule définition possible du mot secte dans un État libéral comme la France. Même dans son arrêt du 9.10.2013 par lequel la cour de cassation a confirmé un arrêt de la cour d'appel de paris (du 2.2.2012) ayant condamné la scientologie pour escroquerie en 'bande organisée', les juges ne se sont pas prononcés pour savoir si la doctrine elle-même induisait l'escroquerie ou si c'était simplement une pratique de quelques dirigeants. Cf aussi *Le Monde* du 16.10.2016 [http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/10/16/la-cour-de-cassation-va-se-prononcer-sur-la-condamnation-de-l-eglise-de-scientologie\\_3496455\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/10/16/la-cour-de-cassation-va-se-prononcer-sur-la-condamnation-de-l-eglise-de-scientologie_3496455_3224.html). On remarquera d'ailleurs que les documents comptables de l'église ne sont pas déposés (<https://www.societe.com/documents-officiels/ass-spirituelle-eglise-scientologie-idf-404179467.html#fullficheshop>). Seuls les « anonymes » donnent quelques indications (<https://whyweprotest.net/threads/derniers-tarifs-en-date-de-la-scientologie.130090/>).

<sup>58</sup> Mais contraire à l'humilité prônée dans les grandes traditions spirituelles ayant pour objet la dissolution de l'égo, de l'identification au corps au profit d'un état de conscience infini, hors du temps, libéré du corps.

pas mentir, ne pas médire<sup>59</sup>) et la spiritualité qui tend à travers l'humilité, vertu également universelle, à faire disparaître l'égo<sup>60</sup>, source de tous les conflits. Cette tendance universaliste est clairement en opposition avec le nationalisme religieux que l'on voit ressurgir un peu partout.

Ainsi aujourd'hui certaines pratiques religieuses (*Yoga, Qi cong*), mais aussi médicales (comme l'*Ayur veda* et l'acupuncture etc.) sont devenues des activités lucratives (considérées même comme sportives par les impôts Français pour les deux premières) achevant de leur enlever toute dimension religieuse. La société de consommation a fagocité une bonne part du religieux.

Doit-on s'en plaindre, puisque ces pratiques en soi n'ont rien de spirituel, n'étant que des exercices préliminaires visant à l'apaisement des émotions perturbatrices, préludes nécessaires au travail spirituel ultime ? S'il revient au lecteur de se faire sa propre idée sur cet aspect de la marchandisation du religieux, celle-ci concerne aussi des pratiques plus traditionnellement marchandes.

## B. LES PRATIQUES TRADITIONNELLEMENT MARCHANDES

Certes, cet aspect de la marchandisation du religieux n'est pas nouveau car, depuis toujours, les institutions religieuses ont vendu leurs rituels. Outre l'exemple du « business » des offrandes diverses – momies d'ibis des prêtres égyptiens, de taureaux chez les grecs, des *yagya* des brahmanes dans l'hindouisme –, on peut citer l'exemple des indulgences et autres services religieux pour mariages, enterrements et autres exorcismes dans le catholicisme – ou les boutiques monastiques – ; de la dîme dans les sectes protestantes et l'Islam – associé au business *halal* – ; du commerce *cashier* dans le judaïsme ; et même des rituels post mortem et autres vœux dans le bouddhisme tibétain.

Un autre problème naît du communautarisme religieux, très développé dans les pays anglo saxons, surtout aux États-Unis où la population essentiellement

---

<sup>59</sup> Déjà présents dans le livre des morts égyptiens, comme dans le décalogue mosaïque qui s'en est inspiré, ou encore les 10 principes de morale du bouddhisme, etc.

<sup>60</sup> Car l'égo est ce sens de la séparation de l'autre (identifié à un corps). Ce sens engendre immédiatement le complexe de supériorité ou d'infériorité selon le contexte, car derrière ces complexes, il a besoin de se sentir exister. Mais c'est une illusion fondamentale car l'égo, tel un hologramme (qu'on voit mais qu'on ne peut toucher, n'ayant pas de substance), est la résultante d'un grand nombre de facteurs interdépendants (sensoriels, émotionnels, intellectuels, mémorisés) que l'on ne peut localiser nulle part... Si ces complexes se trouvent frustrés, l'égo se réfugie dans la pulsion de mort (Thanatos freudien) envers soi (drogues et trafics qui vont avec, suicide, pseudo martyr) ou envers les autres (violence criminelle –Dihad etc). Quand l'égo est démasqué par un travail spirituel d'humilité (très structuré dans le Bouddhisme, l'Hindouisme, le Christianisme et l'Islam) il se réduit et l'individu sort de ces complexes, percevant l'autre comme soi-même (« je suis en vous, vous êtes en moi », disait le Christ -Jn 14 :20-) et développant alors de la compassion...

d'origine migrante s'est agglomérée par origine et par religion, lors du développement des cités (*Salt lake city* est une ville historiquement mormone par exemple). On constate également en Angleterre<sup>61</sup> un phénomène voisin, comme d'ailleurs en France, après la perte de leurs empires coloniaux, où les populations face aux gouvernements totalitaires et corrompus des nouveaux États issus de la décolonisation, incapables de respecter l'intérêt général (*Res publica*), ont préféré venir s'installer dans les anciennes puissances coloniales<sup>62</sup>. Ces populations migrantes étant installées dans les banlieues nouvelles, se trouvent du coup *de facto* ghettoïsées. Or, cette ghettoïsation accentue aussi la marchandisation du religieux par les marchés *halal* et *cashier*, qui engendrent de vraies puissances financières, indépendamment des trafics en tous genres (drogue, armes...) qui en font souvent des zones de non droit (c'est à dire où règne la loi des caïds, la loi naturelle, animale : celle du plus fort !), où l'idéologie de récupération est celle de l'islamisme dont les *medersa* sont les prisons<sup>63</sup>.

La puissance financière peut alors découler du religieux, puisque certaines religions considèrent que l'enrichissement est un don divin comme on l'a vu (judaïsme, islam, protestantisme, certaines branches de l'hindouisme) alors que d'autres y voient plutôt un danger spirituel (orthodoxie – hésychasme d'Evagre le pontique –, catholicisme – Saint François –, bouddhisme des moines renonçant, certaines branches de l'hindouisme –Shankara et son ordre de renonçant : les *sannyasin* –). Certaines institutions se trouvent en outre dans une situation paradoxale comme le montre l'exemple de la banque vaticane et de ses scandales à répétition ou des États du golfe. Du fait du *Printemps arabe*, et de la ré-islamisation qui a suivi l'écroulement de diverses dictatures socialisantes issues des indépendances (Libye, Égypte, etc.) on constate une reprise de la tradition monétaire islamique (fondée également sur la bible juive) interdisant le prêt à intérêt entre musulmans (et les investissements dans les domaines interdits – alcool par exemple). Comme en Europe, la domination politique de l'Islam

---

<sup>61</sup> Où des tribunaux islamiques ont été instaurés.

<sup>62</sup> Non sans une certaine schizophrénie, engendrant chez la deuxième génération née en occident, avec les difficultés d'insertion scolaire et sociale, des réactions identitaires perturbées (blessure narcissique) et souvent une fanatisation religieuse.

<sup>63</sup> Quelques soient les tentatives de « déradicalisation » qui se sont montrées inefficaces et dont la fermeture est devenue inéluctable. Cf *Le Monde* du 28.7.2017.

Pourtant un dispositif baptisé Rive 'recherche et intervention sur les violences extrémistes) a permis à des juridictions d'imposer sur le modèle des cures de désintoxication, une cure de déradicalisation depuis environ 6 mois cf. Caroline Piquet *Le Figaro* du 10.11.2017. L'Association de politique criminelle appliquée et de réinsertion sociale (APCARS) dont la stratégie est d'agir sur le doute idéologique, a bénéficié d'un appel d'offre du ministère de la justice à cette fin cf Flore Thomasset, *La Croix* du 10.11.2017. Mais il est clair que les auteurs de crimes de sang, comme les auteurs de violences sexuelles ne peuvent en réalité qu'être considérés comme des psychopathes, et donc être non pas traité comme des délinquants mais comme des malades mentaux (non déments certes mais malades quand même) et soignés dans des hôpitaux psychiatriques spécialisés quand leur maladie mentale les rend dangereux pour la société, comme c'est prévu dans la Constitution suisse pour les délinquants sexuels et les violents (art. 123a).

dans les pays qu'il a occupé pendant des siècles n'a guère pu voir se développer le prêt à intérêt, les minorités religieuses étant peu nombreuses en pays musulman, comme en pays chrétiens autrefois. Par ailleurs l'Islam, dans son 5<sup>ème</sup> pilier, ordonne également au croyant, l'aumône<sup>64</sup>, la pratique de la générosité envers les pauvres<sup>65</sup>, comme la charité pour les chrétiens. Mais si dans le monde chrétien, l'aumône est restée une règle de morale, elle est souvent devenue une aumône légale dans le monde musulman où la loi morale (charia), est devenue souvent règle de droit (*Fikh*).

La puissance financière des pays du golfe persique, liée aux pétrodollars (évaluée à 500 milliards d'euros) a évidemment abouti à l'accroissement considérable du poids des banques internationales fondées sur ce mécanisme et s'y ajoutent aujourd'hui les dépôts individuels de millions de musulmans soutenus par ces nouveaux gouvernants islamistes, non seulement dans les pays musulmans, mais aussi en Occident et en France, du fait d'une forte communauté musulmane.

En France en particulier, le Gouvernement a pris une décision de « neutralité fiscale » (en réalité fort avantageuse) concernant la finance islamique. Ainsi, le 18 décembre 2008, le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi a annoncé des aménagements fiscaux pour favoriser les montages de finance islamique afin d'attirer les investisseurs du Proche-Orient. Ces mesures concernent deux des principaux outils de la finance islamique : la *murabaha* et les *sukuks*<sup>66</sup>.

L'administration fiscale a ainsi décidé de la neutralité fiscale des opérations de *murabaha* au regard des droits d'enregistrement (le double transfert de droit

---

<sup>64</sup> *Zakât*, l'aumône (devenue impôt légal dans les pays islamistes) sur les plus-values mobilières (récoltes notamment) est généralement de 10 %. Le Coran indique : « Élevez la prière, donnez la dîme, ce bien que vous avancez de vos personnes: vous le retrouvez en mieux chez Allah. Voici, Allah, le Voyant de tout ce que vous faites » (s.2, v.110) Traduction Chouraqui : <http://nachouraqui.tripod.com/id4.htm>. « Prends les aumônes de leurs avoirs: tu les purifieras et les innocenteras par elles. Prie pour eux: tes prières seront pour eux une présence: Allah, entendeur, savant » (S.9, v. 103) *ibid*. « Ne savent-ils pas qu'Allah accueille le retour de ses serviteurs: il prend les aumônes, Allah, le Conciliateur, le Matriciel » (v.104). *Ibid*. « Voici, les aumônes sont pour les miséreux, les pauvres, et ceux qui travaillent à les répartir, pour les cœurs ralliés, les esclaves, les débiteurs sur le sentier d'Allah: telle est l'assignation d'Allah, Allah, savant, sage » (S.9, v. 60.) *Ibid*.

<sup>65</sup> « La ferveur ne consiste pas à orienter vos faces en direction de l'Orient ou de l'Occident. La ferveur pour qui adhère à Allah, au Jour ultime, aux Messagers, à l'Écrit, aux Nabis, c'est de donner ses biens, malgré l'amour qu'on leur porte, aux proches, aux orphelins, aux pauvres, aux pèlerins, aux mendiants, et pour le rachat d'esclaves. Ceux qui élèvent la prière et donnent la dîme, ceux qui respectent leur pacte quand ils ont pactisé, les constants dans le malheur et la pauvreté, au moment du malheur, ceux-là sont des justes. Voilà les frémissants ! » (S.2, v.177). *Ibid*.

<sup>66</sup> La *murabaha* est un contrat de vente aux termes duquel un vendeur vend un actif à un financier islamique qui le revend à un investisseur moyennant un prix payable à terme (vente à tempérament). Les *sukuk* et les produits financiers assimilés sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un prêt dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs par l'émetteur. Ces actifs sont affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des *sukuk* ou des produits assimilés.

de propriété ne donne pas lieu à doubles droits d'enregistrement) et de la déductibilité fiscale de la rémunération versée au titre des *sukuk*<sup>67</sup>.

Ces systèmes bancaires qui ne pratiquent pas l'intérêt ont l'avantage d'être moins générateurs de dette puisqu'il n'y a pas cette course effrénée à l'intérêt, et à la spéculation purement financière qui privilégie les placements à court terme, à risque, plutôt que la sécurité et la stabilité de l'économie « réelle ». Elle présente également l'avantage de privilégier des placements dans l'économie « réelle ». La position de la finance islamique est donc très proche de la finance affichée par l'église catholique<sup>68</sup>.

Par ailleurs, l'association de la loi de 1901 « Institut de la Mosquée de Paris » s'est vue assimilée à un « établissement lucratif » par la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 mars 1981, pour la vente de viande rituelle, rendant donc le Recteur, solidaire de la dette de l'association. Cette combinaison de l'article 1832 du Code civil allié aux articles 1<sup>er</sup> et 632 du Code de commerce introduit des contradictions dans la notion de lucrativité, laquelle ne devrait pas être considérée comme autre chose que la participation des membres aux résultats de l'association.

Aujourd'hui la séparation des églises et de l'État a été réalisée au niveau législatif. Mais il faudrait constitutionnaliser la non reconnaissance et la non subvention des activités religieuses par l'État pour garantir une véritable égalité de traitement entre les cultes et les croyants. Car la loi de 1905 avec ses avantages fiscaux n'aurait par exemple plus besoin d'être maintenue. Toutes les associations pourraient alors simplement se prévaloir du statut de la loi 1901 qui ont la liberté de développer des activités rentables pour leur fonctionnement.

On ne saurait guère pour le moment évoquer une américanisation directe du droit concernant la religion en France, mais plutôt une américanisation à travers la financiarisation généralisée (du religieux en particulier) et sa mondialisation.

On peut constater en effet que cette mondialisation néo-libérale, est surtout profitable<sup>69</sup> aux oligarchies internationales de tous bords, assises derrière les multinationales du commerce, basées dans les paradis fiscaux. Ces oligarchies économiques se sont liées aux oligarchies politiques, (bien sûr, surtout dans les pays totalitaires où il ne peut y avoir de transparence par la critique des médias, et en particulier les monarchies religieuses du golfe gonflées de pétrodollars). Si, comme on l'a vu, face à la crise financière mondiale de 2008 issue de la bulle spéculative, ces oligarchies se sont alliées pour « sauver le système », elles

---

<sup>67</sup> <http://www.economie.gouv.fr/cedef/finance-islamique>

<sup>68</sup> En tous cas avant le XIX<sup>ème</sup> siècle puisque depuis le droit canon a admis avec modération le prêt à intérêt à supposer que les banques liées au Vatican en respectent les règles, comme la banque Ambrosiano par exemple, qui a défrayé la chronique et dont le principal actionnaire était l'IOR un institut financier créé par Pie 12 en 1942 rattaché à la banque du Vatican (cf. « La banque du Vatican, maison de discrédit », Jean-Marc GODIN, *Le Figaro*, 23 mars 2013.

<sup>69</sup> Même s'il est vrai que la misère semble malgré tout se réduire dans le monde.

risquent de se retrouver en conflit apparent avec d'autres oligarchies populistes et nationalistes, intégristes, qui elles-mêmes seront, à terme, comme les autres, contaminées par la volonté de puissance... Il y a toutefois le risque que ces nationalismes intégristes se réalisent comme dans le passé par des guerres. C'est pourquoi la marchandisation du religieux est tout sauf un sujet anodin qui appelle une plus grande régulation de la part des États.



# L'AMÉRICANISATION DU MONDE : SA RÉALITÉ ET SON AVENIR

Par  
Gourmo LÔ  
Maître de conférences HDR en droit public  
à l'Université Le Havre-Normandie

Bonjour à tou(te)s,

Mon ami Fabien Bottini ici présent m'a confié un sujet qui va donner une touche de géopolitique à nos réflexions. La question qui se pose d'abord est celle de savoir si l'américanisation comme le présuppose l'objet même du colloque est une réalité et ce qui se cache derrière cette réalité (I). Il s'agit ensuite de savoir sur quoi cette américanisation peut porter et quel sens on peut lui trouver qui puisse permettre d'en dresser les perspectives d'avenir (II).

## I. DE QUOI S'AGIT-IL ?

Le concept d'américanisation, à l'origine lancé par les pays d'Amérique latine, renvoie à l'idée des apports que le monde doit aux États-Unis d'Amérique. Pendant longtemps, ce sont les latino-américains qui en ont subi les conséquences car ils ont servi de champ d'expérimentation. Dès la fin du 19<sup>e</sup> siècle, la doctrine Monroe avait déclaré l'Amérique latine champ clos et arrière cours des EU. Il suffit de se souvenir de toutes les actions militaires, ouvertes ou non, que ces derniers ont mené aux quatre coins du sous-continent pour le transformer en une vaste néo-colonie. Si l'Europe a inventé la colonisation, c'est, pour faire simple, les EU qui ont inventé la néo-colonisation. Depuis, l'américanisation, renvoie à ce que l'on trouve aux EU et que l'on importe chez soi, quel que soit sa nature. Il n'est pas possible d'en dresser l'inventaire complet, tant la liste est longue de ce que les États tiers doivent aux États-Unis.

Il découle de ce qui précède que cette idée d'américanisation revêt en réalité deux aspects qui, loin d'être contradictoires, se complètent l'un l'autre. Pour faire simple et parler comme les anglo-saxons, je dirai qu'il y a une connotation *soft* et une autre *hard* de ce phénomène. Leur confrontation est intéressante car elle

seule permet selon moi de percevoir le sens véritable de cette idée d'américanisation.

Pour sa part, son côté *soft* prend la forme d'une américanisation passive, touchant aux mœurs, à la vie de tous les jours, à la culture, à ce qu'on appelle l'*American way of life* qui affecte ceux qui en sont touchés tantôt comme une malédiction lorsqu'elle en fait des victimes, tantôt comme une grâce lorsqu'elle leur apparaît comme un bienfait. Dans tous les cas, c'est une touche particulière « d'un peu d'Amérique chez les autres » qui donne une impression instantanée de modernité et opère comme un facteur d'uniformisation à l'échelle de la planète dans un peu tous les secteurs d'activité. Il y a des précédents. D'autres pays ou régions ont déteint à un tel point sur le reste du monde qu'ils ont par le passé déjà donné cette impression de l'existence d'une identité universelle relevant presque de l'ordre naturel des rapports humains. À chaque fois, ce processus d'identification à l'autre a opéré de telle façon que ses destinataires ont en un sens fini par devenir « les autres ». Pour le cas qui nous concerne, il apparaît clairement que cette américanisation laisse apparaître les EU comme une sorte de boîte à outils du monde dans lequel nous vivrions. Il suffirait de se servir de ces différents apports américains (Coca, mc do, Windows, Google, le rap...) pour qu'on puisse accéder à ce qui peut paraître l'objectif de tous : le bonheur, le succès, l'efficacité, la performance ... on considère que c'est à travers de ce qu'on peut importer des EU qu'on peut être dans le diapason de la modernité dans le monde contemporain ou l'on vit. Agir comme font les américains deviendrait la marque de ce siècle. C'est dans cette première acception que les latinos américains avaient d'ailleurs forgés le mot *yankee* pour décrire ce mimétisme, quoique dans un sens péjoratif.

Cette américanisation *soft* se double toutefois d'un sens plus profond, plus *hard*. Car fondamentalement, l'américanisation, c'est un état d'esprit et une méthode ; une manière de faire et de penser « à l'américaine » qui s'impose partout sur le globe en dehors des seuls aspects culturels, à tel point que cet état d'esprit et cette méthode deviennent ceux du monde contemporain. Ces aspects qui touchent aux profondeurs du système américain peuvent se résumer comme suit : l'individualisme comme philosophie et le pragmatisme comme méthode.

La philosophie repose sur la figure représentative d'un individu-roi, maître du monde, dont l'État lui-même ne devrait être que l'humble serviteur. L'État est affecté par cette conception des choses dans ce qui est supposé être son essence même, à savoir sa souveraineté. Car celle-ci est conçue dans sa forme abstraite comme celle des individus. De ce point de vue, les EU se distinguent des autres civilisations qui affirment au contraire la primauté de la collectivité représentée par l'État sur l'individu. Car, dans cet esprit américain, l'exigence de la « désétatisation » est presque naturelle ; l'impératif de la privatisation presque catégorique. L'État n'exerce que les prérogatives que les individus ne peuvent

plus, ne serait-ce que provisoirement, exercer. Il ne les exerce d'ailleurs que dans la mesure où il respecte les individus en question et leur souveraineté. L'individu-roi est un individu désétatisé ou presque avec cette approche, puisqu'il est à la fois à l'origine de la souveraineté de l'État et celui qui devrait en toute circonstance la limiter, voire se l'approprier.

L'individu souverain à la base de la philosophie américaine inspire ce pragmatisme qui constitue la méthode de l'américanisation au sens *hard*. Celui-ci survalorise la logique du contrat, la force du transactionnalisme et la puissance de la procédure. Il aboutit, sur le plan national, à la théorie du moindre État dans les différentes sphères des activités humaines. Au plan international, cette même logique débouche sur la théorie de la levée de barrières, c'est-à-dire de la déterritorialisation et de la « désouveraineté-isation » si je puis dire. Mais ce pragmatisme justifie dans le même temps le recours à la contrainte, armée ou pas, pour imposer le respect de la philosophie qui l'accompagne.

L'un ne va pas sans l'autre car c'est leur combinaison qui a permis à l'Amérique de façonner la mondialisation à leur image, pour en faire une construction libérale puis néolibérale.

Si je résume, la forme passive de l'américanisation *soft* s'est répandue peu à peu par esprit de similarité, de mimétisme. Mais l'effet de masse atteinte par sa diffusion n'aurait pu avoir un tel degré d'amplitude sans son ombre *hard*. Celle-ci signifie que l'Amérique n'a pas hésité à imposer son modèle à l'échelle totale, mondiale par l'usage de la contrainte lorsqu'il le fallait pour déboucher sur le même résultat : diffuser son mode de vie aux autres États. C'est pourquoi je disais que les deux aspects conjuguent leurs effets et que l'idée d'américanisation revêt en réalité une signification duale. Cela étant dit, la version *hard* constitue le cœur de la problématique car elle est la véritable clé pour comprendre la réalité de la diffusion du modèle américain. Partout où il s'est répandu, celui-ci s'est accompagné de la mondialisation et s'est traduit par une modification d'une ampleur sans précédent de la totalité du système économique, social, culturel etc. dans le monde entier. Il a ainsi touché le système capitaliste dans son ensemble. C'est pourquoi l'américanisation, c'est *in fine* la forme que l'Amérique donne à ce système mondial qu'elle prend en quelque sorte en héritage et dont elle fait désormais l'un des moyens de sa prédominance. On peut donc dire que cette américanisation c'est la forme américaine de la mondialisation libérale. Reste à voir quelle est son avenir.

## II. QUEL EST SON AVENIR ?

La question qui se pose, pour terminer, est donc celle de savoir quel est l'avenir possible de ce phénomène ? Selon moi, la réussite de cette américanisation génère paradoxalement sa fin.

La réussite est manifeste : on peut considérer que les différentes doctrines géopolitiques qui ont été mises à l'honneur aux EU sont révélatrices non seulement de l'exceptionnalisme et de l'exemplarisme américain mais aussi et surtout de ses velléités de domination dans le reste du monde. L'Amérique à partir de son expérience latino-américaine s'est lancée à la conquête de la planète avec beaucoup moins de parcimonie qu'avant, car, avec la fin de la seconde guerre mondiale, elle a pris prétexte du conflit Est-Ouest pour répandre son modèle et prendre le contrôle de la planète avec des hauts et des bas dans un processus complexe, n'hésitant pas à recourir tour à tour à la violence et l'intervention armée et à l'usage de concepts plus *softs* comme la démocratie. Sa volonté de domination s'est par exemple symboliquement exprimée avec force au travers de certains conflits, comme la guerre du Vietnam ou la tentative d'invasion de Cuba. Pour tout dire, à partir de la seconde guerre mondiale et du déclenchement du conflit Est-Ouest, l'Amérique a pris la tête d'une sorte de cohorte mondiale pour imposer une image d'elle à tous les autres États du monde, érigée en modèle à suivre sous peine de représailles. L'Amérique a ainsi décliné son modèle pour façonner la mondialisation à son image. La « mondialisation heureuse » d'Alain Minc, la « fin de l'histoire » de Francis Fukuyama sont révélatrices de ce phénomène. Les alliances de l'Amérique lui ont permis d'imposer au monde sa vision de l'économie et du social à travers des procédés qui ont graduellement abouti à une prédominance intériorisée à tel point que cette vision est désormais perçue comme la seule voie possible. On peut bien sûr se rassurer en disant qu'on a pris ce qu'il y a de mieux et que personne ne nous a imposé de faire ce quoique ce soit. Mais la réalité est que le système est animé par l'esprit américain et qu'il est difficile de ne pas exister en son sein autrement qu'en s'adaptant à la vision américaine.

En même temps, la réussite de cette américanisation en marque paradoxalement la fin. Pourquoi ? parce que la victoire du modèle américain, c'est l'ultra libéralisme. C'est la fin du protectionnisme. C'est donc la concurrence ouverte à d'autres puissances qui ont fini par tenir tête aux EU sur des terrains où ils n'avaient pas l'habitude d'être défiés, y compris chez eux. C'est notamment l'enseignement de la concurrence – ou de la rivalité – qui s'installe entre l'Amérique et la Chine. On se retrouve dans une situation paradoxale où désormais le retour de bâton se concrétise par un retour du protectionnisme aux États-Unis. Les américains se mettent à la place des autres et cherchent à se protéger car ils ont tellement réussi la diffusion de leur modèle qu'il se retourne désormais contre eux. L'avenir de l'américanisation est donc qu'elle continue sans l'Amérique car la mondialisation lui échappe désormais. Elle devient un processus objectif qui va au détriment de toutes les souverainetés, y compris de celles des EU.

\* \*

\*

Il serait faux de penser que la diffusion de la *way of life* l'américaine soit le seul résultat de ses vertus propres et que c'est dans l'euphorie que la culture américaine a fini par s'imposer au reste du monde. En fait, cette américanisation *soft* du reste du monde traduit une perte graduelle de la souveraineté et de l'identité de la plupart des nations qui est le fruit d'une méthode plus brutale que j'ai appelé l'américanisation *hard*. Cette dernière se traduit par un d'impérialisme qui s'est transformé en hyper impérialisme à la fin de la guerre froide, faute de concurrents capables d'imposer aux EU la retenue dans leurs actions. Cette situation leur a permis d'imposer leur modèle de société soit par un choix délibéré, soit par la contrainte.

Mais les EU ont tellement bien réussi la diffusion de leur modèle que leur ultra-libéralisme se retourne désormais contre eux. La période contemporaine est caractérisée par la fin de l'hégémonie américaine. Elle marque le point de départ d'une nouvelle ère des relations internationales qui sera peut-être beaucoup moins unilatérale et donc beaucoup moins américaine.



# LA NOUVELLE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION RELATIVE A LA FILIATION DES ENFANTS NÉS PAR GESTATION POUR AUTRUI : UNE VICTOIRE DU LIBÉRALISME AMÉRICAIN ?

Par  
Armelle Gosselin-Gorand  
Maître de conférences-HDR en droit privé et  
Laurence Mauger-Vielpeau  
Professeure de droit privé  
Enseignantes-chercheuses  
à l'Université de Caen-Normandie

La gestation pour autrui est propice à un questionnement sur l'américanisation du droit dès lors que les premiers cas de confrontation avec l'ordre juridique français concernaient des enfants nés en Californie ou au Minnesota<sup>1</sup>. Le traitement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui confronte aux idées libérales américaines le droit français de la filiation et les techniques du droit international privé. Le droit international privé français est d'ailleurs un terrain fertile pour la réflexion sur l'influence des pensées américaines car il y a dans l'étude de cette matière des précédents qui montrent des interactions fortes avec ce qui se passe Outre-Atlantique. Ainsi, est-ce des États-Unis que sont notamment venues au début du XXème siècle des attaques très virulentes à l'encontre de la méthode conflictuelle portée par la règle de conflit de lois savignienne fortement ancrée en Europe et en France. Les travaux, notamment ceux de Cavers en 1933, critiquant le caractère mécanique de la règle de conflit de lois et ceux de Currie qui a développé la pensée sur la *governmental interest analyse* invitant le juge face à un conflit de lois à

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avr. 2011, pourvois n° 10-19053, 09-17130 et 09-66486, D. 2011, 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, *Droit fam.* 2011, étude n° 14, C. Neirinck, *Rev. Crit. DIP* 2011, 722, note P. Hammje, *RTDciv.* 2011, 340, obs. J. Hauser.

mesurer les intérêts respectifs de chacune des lois applicables - travaux pris en considération dans le célèbre arrêt *Babcock contre Jackson* rendu par la cour d'appel de New-York en 1963<sup>2</sup> - ont soulevé une véritable crise appelée « la crise américaine de la règle de conflit de lois » qui sur le moment a fragilisé les fondations de la matière<sup>3</sup>. Si cette crise n'a pas conduit à une remise en cause généralisée de la légitimité du procédé conflictuel, elle a indéniablement participé à l'évolution du traitement du droit des conflits de lois et au développement d'autres méthodes de règlement des litiges internationaux, de sorte que la règle de conflit de lois ne fait plus figure de modèle exclusif. Le développement de cette pensée américaine rassemblée sous le vocable de néo-statutisme fonctionnaliste américain n'a d'ailleurs pas terminé ses influences sur la matière puisqu'elle fait partie des oppositions méthodologiques qui servent de terreau à de nouvelles réflexions, entre autres, sur l'adaptation du droit international privé aux nouveaux enjeux de la régulation économique, régulation économique à laquelle nous confronte inévitablement le traitement de la gestation pour autrui dans un contexte de mondialisation.

La gestation pour autrui, quel que soit le nom qu'on lui donne, a en premier lieu été portée par la procréation médicalement assistée, laquelle reste tributaire de la régulation par les pouvoirs publics de l'exercice de la médecine<sup>4</sup>. Il existe dans ce domaine un monopole de la loi territoriale qui fixe les conditions de réalisation de la procréation par les personnels médicaux compétents. Puis, il a pris une autre dimension avec l'admission dans certains pays – dont certains États des États-Unis d'Amérique – d'une privatisation du mécanisme de procréation grâce à la technique du contrat. C'est ce que l'on a appelé le contrat de gestation pour autrui, le contrat de mère porteuse ou encore le contrat de maternité de substitution<sup>5</sup>.

Les contrats relatifs à ce mode de procréation illustrent le fait que la gestation pour autrui est en réalité plurielle et que le corps n'est pas traité de la même manière selon les cas. Les techniques dites de « mères porteuses », ou de « location d'utérus », appelées aujourd'hui plus volontiers gestation pour autrui ou maternité de substitution, recouvrent des pratiques diversifiées. Ainsi, l'enfant peut ne pas être génétiquement du couple d'accueil : la mère biologique donne ou vend l'enfant qu'elle a conçu avec son propre compagnon ou avec le sperme d'un tiers et qu'elle a porté (hypothèse de la maternité de substitution). Ensuite, l'enfant peut aussi être conçu par insémination de la mère porteuse avec le

---

<sup>2</sup> Court of Appeals of New York 1963, 12 NY 2d 473, *Rev. Crit. DIP* 1964, 284, note J.-G. Castel.

<sup>3</sup> V. not. G. Kegel, "The crisis of the conflict of laws", *RCADI* 1964, t.112, p.91 et s. ; D. Bureau et H.M. Watt, *Droit international privé*, Tome1, Thémis, Puf, Paris, 4ème éd. 2017, n°358.

<sup>4</sup> A. Gosselin-Gorand et L. Mauger-Vielpeau, "Le corps mis à disposition : la gestation pour autrui", in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, PU de Caen, n°15, 2017, p.77-85.

<sup>5</sup> A. Bateur, A. Cerf-Hollander, A. Gosselin-Gorand, J.-M. Larralde, « Les interdits de la gestation pour autrui », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. 2016, p.212 et s.

sperme du père biologique (marié ou pas) : l'enfant est alors l'enfant biologique de cet homme, mais pas de son épouse ou de la femme avec qui il vit car c'est la mère porteuse qui en est la mère biologique. Un seul homme est à la fois père biologique et père d'accueil mais il y a deux mères : la mère biologique et la mère d'accueil. Dans cette hypothèse, il peut aussi ne pas y avoir de mère d'accueil si l'homme s'adresse seul à une mère porteuse notamment s'il est marié avec un autre homme. Enfin, l'enfant peut être génétiquement du couple d'accueil, la femme qui accouche ayant accepté de porter l'embryon issu des gamètes du couple d'accueil (hypothèse de la gestation pour autrui). Il n'y a qu'un père à la fois biologique et d'accueil mais il y a deux mères, l'une qui donne ses ovocytes et qui est mère d'accueil, l'autre qui porte l'enfant et qui accouche.

Dans tous les cas cependant, ces contrats reposent sur l'existence d'arrangements privés, qui supposent un positionnement des Etats identifiés comme prohibitifs ou permissifs. Ils mettent aussi en jeu inévitablement des questions de droit international privé dès lors que tous les ordres juridiques ne se positionnent pas de la même manière et que les sujets de droit utilisent ces différences dans un contexte de développement des situations transfrontières. A partir du moment où des pays admettent le contrat de gestation pour autrui, le juriste, même lorsqu'il est issu d'un pays prohibitif, se trouve nécessairement confronté à des opérations triangulaires entre des couples issus des Etats non permissifs et une mère « porteuse » issue d'un pays permissif. Ces difficultés se sont accentuées puisque les positionnements sont variés en droit comparé et les moyens de déplacement suffisamment développés et aisés aujourd'hui pour que des couples aillent chercher ailleurs ce qui leur est interdit dans le for. Certains Etats américains, tels la Californie ou le Minnesota, nourris d'idées libérales, ont indéniablement constitué des terres d'accueil permissives pour certains ressortissants français tentés par l'expérience de la gestation pour autrui. Le mouvement ne saurait cependant être réductible à une vision américaine dès lors que n'existant pas de législation fédérale sur le sujet, tous les Etats américains n'admettent pas de tels mécanismes et ceux les admettant ne les soumettent pas tous au même régime juridique tandis qu'à l'inverse d'autres Etats sur d'autres continents participent à ce nouveau phénomène<sup>6</sup>. Ainsi, dans un contexte de mondialisation, le mouvement transfrontière a conduit des couples stériles à mettre les autorités françaises devant ce qu'un auteur a appelé un « *fait internationalement accompli* »<sup>7</sup>. Le traitement de ces situations créées à l'étranger sur le territoire français conduit indéniablement à constater une progression de la prise en considération de ce phénomène initialement américain

---

<sup>6</sup> Rapport du Sénat, Etudes de législation comparée, Janvier 2008, n°182.

<sup>7</sup> G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé*, Puam, 2006.

– en ce sens que les premières terres d'accueil en la matière étaient des Etats américains – et dans cette perspective à constater une progression de l'américanisation (I) qui suscite encore de grandes interrogations (II).

## I. LA PROGRESSION DE L'AMÉRICANISATION

Si la France a dans un premier temps résisté (A), elle a fini contrairement à d'autres Etats par s'incliner (B).

### A. LA RESISTANCE INITIALE

La résistance de l'ordre juridique français face au traitement libéral du corps humain est clairement affichée en droit interne et a été le premier réflexe dans la sphère internationale.

La France s'est positionnée sur le sujet de la gestation pour autrui et constitue un État prohibitif. En droit interne, il y a un interdit de la gestation pour autrui et de la maternité de substitution réalisées sur le territoire français.

Cette interdiction a d'abord été portée par la jurisprudence. Confrontée au développement sans précédent des techniques d'aide à la procréation, celle-ci a décidé très vite de poser des limites, suivant en cela une doctrine qui leur était déjà très hostile<sup>8</sup>. Pour ce faire, la Cour de cassation, a d'abord estimé en 1989, dans l'arrêt *Alma mater*, que l'association qui a pour objet de faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples dont la femme est stérile, et qui favorise la conclusion et l'exécution d'une convention entre ces couples et les « mères porteuses » volontaires, était illicite. Dans l'arrêt de l'assemblée plénière du 31 mai 1991, arrêt fortement attendu à l'époque d'autant que la solution affirmée en 1989<sup>9</sup> se heurtait à une forte résistance des juges du fond, la Cour de cassation a ensuite déclaré illicite « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance »<sup>10</sup>. L'arrêt est d'autant plus remarquable que le pourvoi était formé dans l'intérêt de la loi, et après audition du président du Conseil National d'Éthique, entendu comme *amicus curiae*. Il a été considéré que la convention « contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » (notion nouvellement mise en œuvre dans cet arrêt).

---

<sup>8</sup> V. notamment : P. Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988 chron. p. 109 ; P. Kayser, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle » *D.* 1987, chron. p.190.

<sup>9</sup> Sur laquelle, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *GAJC*, t. 1, 13<sup>e</sup> éd., 2015, n° 51. Voir aussi, A. Bateur, A. Cerf-Hollander, A. Gosselin-Gorand, J-M. Larralde, « Les interdits de la gestation pour autrui », préc. p.212 et s.

<sup>10</sup> Le caractère illicite de la convention avait déjà été affirmé en des termes approchants dans l'arrêt du 13 déc. 1989.

L'interdiction a ensuite été affirmée par le législateur. Dans le cadre des lois bioéthiques du 29 juillet 1994, il a consacré partiellement cette jurisprudence : il est désormais affirmé solennellement à l'article 16-7 du Code civil que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». L'article 16-9 du même Code précise qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public. Cette interdiction concerne toutes les conventions<sup>11</sup>, que la mère porteuse soit mère génétique ou seulement gestatrice, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit. La prohibition a, plus tard<sup>12</sup>, été renforcée par la règle autorisant le ministère public à agir en nullité des reconnaissances en cas de fraude à la loi<sup>13</sup>. Allant au bout du processus, le législateur a prolongé cette interdiction en droit pénal<sup>14</sup>. Depuis le Code pénal de 1992<sup>15</sup>, l'interdit de la maternité de substitution et de la gestation pour le compte d'autrui fait l'objet d'une section spécifique intitulée « *Des atteintes à la filiation* », sanctionnant les atteintes à l'indisponibilité de l'état d'un enfant, qui sont aussi à inscrire dans le contexte du respect des droits de l'enfant. Ces atteintes sont clairement dissociées de celles affectant la personne même de l'enfant, et de nature à compromettre sa santé ou sa sécurité<sup>16</sup>. En amont, est incriminée la provocation, adressée à des parents, ou l'un d'eux, à abandonner leur enfant né ou à naître, par don, promesse, menace ou abus d'autorité (C. pén. art. 227-12 al. 1 : 6 mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende) ainsi que le fait de s'entremettre, dans un but lucratif, entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et un parent souhaitant abandonner son enfant, ou une femme acceptant de porter pour eux un enfant. (C. pén. art. 227-12 al. 2 et 3 : 1 an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende ; les peines sont portées au double si les faits sont commis de façon habituelle et la tentative est punie des mêmes peines). L'article 227-13 du Code pénal incrimine les actes tendant à rattacher l'enfant officiellement aux personnes qui souhaitent se faire passer pour ses

---

<sup>11</sup> *Contra*, Marc Pichard, "La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour autrui ?)", *D.* 2017, p.1143.

<sup>12</sup> Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* n°156 du 6 juillet 2005 page 11159.

<sup>13</sup> Article 336 C. civ. : « *La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* ».

<sup>14</sup> V. not. A. Bateur, A. Cerf-Hollander, A. Gosselin-Gorand, J-M. Larralde, « Les interdits de la gestation pour autrui » préc. spéc. p. 226.

<sup>15</sup> Le droit pénal appréhende depuis bien longtemps les atteintes à l'état de l'enfant. L'ancien droit connaissait déjà la « *supposition* » et la « *suppression d'enfant* » ie, faire passer pour le sien un nouveau-né et faire disparaître un enfant sans pour autant lui enlever la vie. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982, n° 2146. L'article 345 du Code pénal de 1810 incriminait l'enlèvement, le recel, la suppression, la substitution et la supposition d'enfant.

<sup>16</sup> V. not. le délaissement de mineur, (C. pén., art. 227-1 et 227-2), ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger (C. pén., art. 223-3 et 223-4 ; Cass. crim., 23 févr. 2000 n° 99-82817, *Bull. crim.* n° 84 ; *RSC* 2000 p. 610 obs. Mayaud), la privation d'aliments ou de soins (C. pén., art. 227-15 ; Cass. crim., 12 oct. 2005, n° 05-81191 ; *Bull. crim.* n° 259 ; *D.* 2006 p. 2446 note Maréchal, *Gaz. pal.* 2005 2.4082 avis Comaret ; *JCP* 2006 II 10022 et II 10023 note Leblois-Happe ; *R pén.* 2006 com. note Véron.

parents biologiques. Ces actes caractérisent les délits de « simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant », punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende<sup>17</sup>.

Dans un contexte de mondialisation, cette législation n'a cependant pas empêché certains ressortissants nationaux de se déplacer dans un État permissif. Il est alors très difficile de concilier la prohibition avec la mondialisation. En effet, les couples reviennent en France avec un enfant qui est issu d'une convention nulle au regard de notre droit interne. Une situation créée à l'étranger sous l'empire d'une législation complaisante doit-elle être ou non reconnue en droit interne ? S'est alors posé la question de la réception de ces gestations pour autrui réalisées à l'étranger par le droit français notamment lorsqu'il s'est agi de transcrire en France des actes d'état civil des enfants nés dans un pays permissif.

La première réaction a été de résister malgré le contexte de mondialisation. Le 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu trois arrêts concernant le sort en France des enfants conçus et nés à l'étranger en conformité avec le droit américain<sup>18</sup>. Les affaires ont en commun, même si les situations de fait et de droit ne sont pas tout à fait identiques, que les enfants concernés sont nés d'une « mère porteuse » en Californie. Pour la Haute juridiction, la transcription, en France, de l'acte de naissance dressé en conséquence du jugement américain ou la reconnaissance d'une filiation fondée sur la possession d'état sont impossibles. La Cour s'est fondée, comme dans l'arrêt de 1991 de l'assemblée plénière, sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et a considéré de plus que le processus état contraire à l'ordre public international français.

Les arrêts ont été diversement accueillis et on a pu souligner qu'un ordre public international correspondant aux principes communs de l'humanité ou encore aux principes d'une justice universelle douée d'une valeur internationale absolue n'existe pas sur la question de la maternité pour autrui : les législations sont très partagées et évolutives<sup>19</sup>. Cette orientation de la jurisprudence a cependant été confirmée par deux arrêts du 13 septembre 2013<sup>20</sup> et un arrêt du

---

<sup>17</sup> Est aussi incriminée la « substitution » d'enfant, qui consiste à intervertir deux nourrissons juste après l'accouchement de leurs mères respectives, avant déclaration de leur naissance, afin d'intervertir aussi leur état civil. A. Vitu « La protection pénale de l'état civil de l'enfant », in *Droit de l'enfant et de la famille*, Hommage à M.-J. Gebler, PU Nancy, 1998, p. 95 et s.

<sup>18</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avr. 2011, pourvois n° 10-19053, 09-17130 et 09-66486, D. 2011, 1522 note D. Berthiau et L. Brunet, *Droit fam.* 2011, étude n° 14, C. Neirinck, *Rev. Crit. DIP* 2011, 722, note P. Hammje, *RTDciv.* 2011, 340, obs. J. Hauser.

<sup>19</sup> C. Neirinck, La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né », *Dr. Famille*, mai 2011, p. 1.

<sup>20</sup> Cas. civ. 1<sup>ère</sup> 13 septembre 2013, D. 2013, 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidau-Caron ; *Rev. crit. DIP* 2013, 909, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. J. Hauser ; *JDI* 2014, 1, note J. Guillaumé.

19 mars 2014<sup>21</sup>. Il y a néanmoins eu un changement de fondement puisque c'est la théorie de la fraude qui a été invoquée pour refuser la transcription de l'acte de naissance étranger alors même qu'était désigné le père biologique de l'enfant et non plus la notion d'ordre public international. *Fraus omnia corrumpit*. La théorie de la fraude apparaissait dès lors comme un verrou supplémentaire à la reconnaissance en France de la filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger<sup>22</sup>.

Ce mouvement de résistance face à cette forme d'américanisation du droit n'a pas duré. Il a fléchi notamment avec l'argument officiel de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

## B. LE RENONCEMENT PARTIEL

Le Conseil d'État, tenant compte peut-être de la jurisprudence européenne, et se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant était plus réservé. Dans son arrêt du 4 mai 2011<sup>23</sup>, la Haute juridiction administrative a considéré que la circonstance que la conception de ces enfants par M. A et Mme C aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant. Certes, il ne s'agissait pas pour le Conseil d'État de se prononcer sur la transcription des actes sur les registres de l'état civil. Il a néanmoins considéré que le juge des référés pouvait enjoindre à l'administration de délivrer un document de voyage permettant aux enfants concernés d'entrer sur le territoire national. Le Garde des Sceaux s'est ému de la situation de ces enfants au regard de la nationalité française. Ainsi la Circulaire « Taubira » du 25 janvier 2013, validée par le Conseil d'État le 12 décembre 2014<sup>24</sup>, a permis de délivrer aux enfants un certificat de nationalité française et éviter qu'ils ne soient apatrides<sup>25</sup>. Ces sources internes doivent être soulignées car elles vont

---

<sup>21</sup> Cas. civ.1ère 19 Mars 2014, *D.* 2014, 905, chron. H. Fulchiron et C. Bidau-Caron ; *JCP* 2014, note J. Heymann ; *Rev. crit. DIP* 2014, 619, note S. Bollée.

<sup>22</sup> Ces décisions sont même apparues comme un durcissement de la jurisprudence puisque les situations visées mettent en cause la paternité du père d'intention qui est aussi le père biologique et seul initiateur du recours à une gestation pour autrui. Les éléments réunis par le ministère public caractérisant l'existence d'un processus frauduleux comportant une gestation pour le compte d'autrui, il en résulte une impossibilité de transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance des enfants. Il revient dès lors au législateur de prendre position car, en l'état du droit positif, les juges judiciaires considèrent que lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour autrui, le refus de transcription est justifié

<sup>23</sup> CE, 4 mai 2011 (ref.), no 348778, *Dr. famille* 2011 comm. 99 obs. C. Neirinck.

<sup>24</sup> Conseil d'État, 2ème / 7ème SSR, 12/12/2014, 365779, Publié au recueil Lebon.

<sup>25</sup> Rappelons que la nationalité est un effet de la filiation : les enfants n'ont pas de filiation reconnue en France, mais ils peuvent avoir la nationalité française. Le risque d'apatridie est neutralisé. Leur vie

nettement influencer les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui va les viser directement pour justifier la condamnation de la France.

En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est essentielle dans la compréhension du renoncement français bien que tous les Etats européens ne la reçoivent pas de la même manière. Ainsi, la Cour considère elle-même qu'il n'existe aucun consensus en Europe, ni sur la légalité de la gestation pour autrui, ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger, car ces questions suscitent dans les quarante-sept Etats membres de délicates interrogations d'ordre éthique<sup>26</sup>. Les États doivent en conséquence se voir reconnaître une ample marge d'appréciation dans leurs choix liés à la gestation pour autrui. Toutefois, cette marge d'appréciation se voit réduite dès lors qu'il est question de la filiation, car cela met en jeu un aspect essentiel de l'identité des individus. Il incombe en conséquence à la Cour de Strasbourg de vérifier si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés, eu égard notamment au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer.

Concernant les parents, la Cour a jugé que la position adoptée par la Cour de cassation a permis de ménager un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, sans pour autant que cela compromette leur droit au respect de leur vie familiale. Elle n'a donc retenu aucune violation de l'article 8 de la Convention de ce point de vue. Elle a en revanche considéré que le droit des enfants au respect de leur vie privée a été violé. En effet, la position des juridictions internes a conduit à porter atteinte à leur identité au sein de la société française, car la nationalité constitue un élément essentiel de l'identité de toute personne. Par ailleurs, le fait pour les enfants requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des requérants parents d'intention a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. S'il est donc parfaitement « *concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire* » (§ 99), il est indéniable « *que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement*

---

quotidienne s'en trouve simplifiée. Par contre, ils n'ont pas d'autres droits attachés à la filiation comme des droits successoraux vis-à-vis de leurs parents d'intention.

<sup>26</sup> Mennesson c./France, requête n° 65192/11 et Labassée c./France, 26 juin 2014, requête n° 65941/11.

*affecté*» (§ 99). La Cour de Strasbourg a donc jugé que compte tenu des conséquences des graves restrictions sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants requérantes, et qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur avait outrepassé sa marge d'appréciation. Le fait que le père d'intention soit le père biologique des enfants justifiait d'autant plus la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Il fallait prendre en compte la filiation biologique paternelle.

Dans ce contexte, la Cour de cassation a considéré qu'elle ne pouvait plus maintenir sa jurisprudence antérieure – ce d'autant que le Gouvernement français a décidé de ne pas porter recours contre ces décisions contrairement à d'autres Etats signataires de la Convention telle l'Italie qui ont saisi la Grande Chambre comme il sera envisagé par la suite – et a opéré un revirement de jurisprudence dans deux arrêts d'assemblée plénière rendus le 3 juillet 2015<sup>27</sup>. L'acte de naissance n'étant ni irrégulier, ni falsifié et les faits qui y étaient déclarés correspondant à la réalité, la Cour de cassation considère que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance. Dans les deux affaires, le père d'intention était vraisemblablement le père biologique de l'enfant né d'une gestation pour autrui. Dans ces circonstances et dans ces seules circonstances, la transcription est autorisée. *A contrario*, et dans les cas où il n'y a que des parents d'intention, qui n'ont pas de lien biologique avec l'enfant, la transcription ne saurait être autorisée<sup>28</sup>. Ce faisant la Cour de cassation a suivi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en reconnaissant la filiation biologique paternelle. En revanche, la question de la maternité d'intention n'était pas abordée par ces arrêts car seuls des pères avaient demandé la transcription des actes de naissance de leurs enfants<sup>29</sup>.

Le positionnement à l'égard de la mère d'intention a été clarifié dans les importants arrêts rendus le 5 juillet 2017<sup>30</sup>. Par cinq arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation a conforté sa position en considérant que la convention de gestation pour autrui ne faisait pas obstacle à la transcription d'actes de l'état civil étrangers conformes à la réalité. Elle a donc bien distingué le cas de la filiation paternelle qui repose sur une réalité biologique, de celui de la mère

---

<sup>27</sup> Pourvois n° 14-21323 et 15-50002.

<sup>28</sup> En ce sens le communiqué publié par la Haute juridiction qui précise que « *les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure* ».

<sup>29</sup> La France a ensuite été condamnée par la Cour de Strasbourg. Etaient en cause des enfants nés d'un père qui les avait reconnus et qui avait conclu une convention avec une mère porteuse indienne. La Cour européenne des droits de l'homme reprend la motivation et vise ses précédents arrêts *Menesson et Labassée*. (Cour EDH, 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c. France, requêtes n° 9063/14 et 10410/14).

<sup>30</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juillet 2017, n° 16.16901-16.50025, n° 16-16495, n° 16-20052, n° 16-16455, n° 15-28597. V. encore dernièrement : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 novembre 2017, n° 16-50061.

d'intention. Elle a considéré que le refus de transcription de la filiation maternelle lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à protéger l'enfant et la mère porteuse et vise à décourager cette pratique prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil. La mère est celle qui accouche. Elle affirme que s'agissant de la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité au sens de l'article 47 du code civil est la réalité de l'accouchement. Quand bien même les actes étrangers retiendraient pour mère, cette mère d'intention, ces actes de naissance ne sont pas conformes à la réalité et ne sauraient être transcrits. La Cour a, allant au-delà des exigences européennes, de surcroît ouvert la voie à une filiation élective. Elle a affirmé que la gestation pour autrui ne fait pas obstacle à l'adoption par le conjoint si les conditions légales sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Le recours à la gestation pour autrui ne fait plus en lui-même obstacle au prononcé de l'adoption.

L'interdit français de la gestation pour autrui est donc indéniablement et sérieusement relativisé et la progression du libéralisme initialement américain est certaine. Faut-il pour autant considérer qu'il s'agit d'une victoire irrémédiable ? La question demeure sensible, soulève souvent d'après débats dont la portée s'étend bien au-delà des cercles universitaires et suscite encore des interrogations.

## II. LES INTERROGATIONS SUSCITÉES PAR L'AMÉRICANISATION

Ces interrogations sont à la fois sociétales (A) et techniques (B).

### A. DES INTERROGATIONS SOCIETALES

Le droit positif fait apparaître des conflits d'intérêts. La volonté de protéger l'enfant déjà né ouvre la voie à une exploitation industrielle des mères porteuses. Au regard de la jurisprudence récente, il est possible de considérer que l'heure de la fin de la prohibition de la gestation pour autrui sur le territoire national a sonné, voire même qu'est advenu le temps de la réflexion sur le régime juridique de ce nouveau contrat spécial... Pourtant, la jurisprudence n'est pas la loi et certains peuvent encore s'élever contre une sorte de renoncement devant un fait accompli, un alignement systématique sur le droit le plus permissif, une remise en cause de l'intérêt de l'État à voir respecter ses propres politiques publiques ou valeurs sociales<sup>31</sup> dont certains juges du fond pourront encore se faire écho au

---

<sup>31</sup> D. Sindres, "Le tourisme procréatif et le droit international privé", *Journal de droit international*, n°2, 2015, p.429 et s.

moment du prononcé de l'adoption. Cette voie autorise ouvertement le contournement de la loi française au profit du moins des couples disposant des ressources nécessaires pour mettre en œuvre de tels arrangements<sup>32</sup>. Adopter la solution contraire revient cependant à priver l'enfant de l'essentiel de ses droits dans une situation qui ne lui est pas imputable.

Si on envisage le modèle californien, les solutions retenues sont transposables à toutes les formes de gestation pour autrui y compris dans des pays où les enjeux économiques et sanitaires amplifient le risque d'exploitation de la mère porteuse. Le droit international privé n'est donc plus confronté à des questions de répartition mais à des questions de régulation dont l'enjeu est de montrer à la fois une prise en considération d'une coordination entre les ordres juridiques tout en préservant la cohésion sociale d'une société. Il est donc peut-être temps face à cette progression du libéralisme d'envisager sérieusement l'élaboration d'une convention internationale à même de considérer la régulation de ce phénomène comme ce qui a pu exister en matière d'adoption internationale<sup>33</sup> ou de décliner les méthodes de droit international privé pour essayer de sortir de l'impasse<sup>34</sup> et puiser dans les grilles de lectures fonctionnalistes<sup>35</sup> américaines pour trouver des outils susceptibles d'endiguer ce mouvement libéral. Cette pensée américaine fait en effet partie des oppositions méthodologiques qui servent de terreau à de nouvelles réflexions sur le conflit de lois et la régulation économique<sup>36</sup>. Ironie du sort que d'invoquer des recherches américaines pour endiguer une américanisation du droit.

Ces mêmes interrogations animent d'ailleurs la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui est loin d'être tranchée comme l'illustre l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie*. Il s'agissait d'un couple ayant conclu une convention de gestation pour autrui avec une clinique russe et qui s'est ensuite heurté au refus de l'enregistrement de l'enfant par les autorités italiennes. Dans un premier arrêt du 27 janvier 2015<sup>37</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section) a jugé, conformément à sa position adoptée dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, que les juges internes « *n'ont pas pris une décision déraisonnable* » en faisant une application stricte du droit national qui a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger du fait de l'absence de liens génétiques avec l'enfant (§ 77). Il n'existe donc pas de « droit » à la reconnaissance en droit interne du lien de filiation d'un enfant

---

<sup>32</sup> J. Icard, "Une analyse économique du droit de la famille, à propos de la gestation pour autrui", *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2011 n°1, p.131-152.

<sup>33</sup> V. not. Béatrice Bourdelois, "Adoptions étrangères et droit français", in *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, collection Colloques et Essais, Lextenso 2017, p.255 et s.

<sup>34</sup> D. Bureau et H.M. Watt, *Droit international privé*, Tome2, Thémis, Puf, Paris, 4ème éd. 2017, n°795-1.

<sup>35</sup> Il faut rechercher l'intérêt des lois en présence à être appliquées.

<sup>36</sup> D. Bureau et H.M. Watt, *Droit international privé*, préc.

<sup>37</sup> Requête n° 25358/12, JCP G n° 7, 16 fév. 2015, 194, zoom F. Sudre.

né d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Toutefois, les requérants (qui avaient vécu six mois avec l'enfant en Italie à partir de son troisième mois), peuvent se prévaloir de « *liens familiaux de facto* » relevant de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention (§ 69). La Cour en conclut donc que le placement de l'enfant dans une famille d'accueil n'a pas « *préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu* », mais sans pour autant obliger l'État à remettre le mineur aux requérants (§§ 86 à 88). Saisie par voie de renvoi (art. 43 de la Convention) après l'arrêt du 27 janvier 2015, la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur cette question dans un autre arrêt en date du 24 janvier 2017<sup>38</sup>. Elle y réaffirme clairement que le recours aux conventions de gestation pour autrui soulève des questions éthiques sensibles sur lesquelles il n'existe aucun consensus parmi les États contractants et retient une solution inverse. Relevant tout à la fois « *l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique* », la Cour juge « *que les conditions permettant de conclure à l'existence d'une vie familiale de facto ne sont pas remplies* » (§ 157), alors même qu'elle ne conteste ni l'existence d'un projet parental, ni la qualité des liens affectifs entre l'enfant et les requérants (§ 163).

Rappelant l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États pour les « *sujets éthiquement sensibles* » (adoption, prise en charge par l'État d'un enfant, procréation médicalement assistée et gestation pour autrui, § 194), elle valide par ailleurs l'intervention des autorités italiennes pour limiter la filiation aux seuls liens biologiques ou d'adoption régulière, afin de préserver les enfants (§ 177). En effet, « *accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien* » (§ 215). Cet arrêt révèle donc un changement de position à l'égard de l'extension des vies familiales *de facto* et réaffirme la possibilité pour les États d'interdire les contrats commerciaux de gestation pour autrui. Ces deux arrêts illustrent sans aucun doute les fortes fractures existant au sein de la juridiction de Strasbourg<sup>39</sup>. Les interrogations sociétales sont réelles et il persiste un champ de turbulences<sup>40</sup> quant à l'avenir de nos sociétés qui ne peuvent pas être ignorées même sous couvert de questions techniques. Il apparaît dès lors que la

---

<sup>38</sup> Cour EDH (GC), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, requête n° 25358/12.

<sup>39</sup> J.M. Larralde, « L'éloignement d'un enfant né illégalement d'un contrat de gestation pour autrui ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, Lextenso, mars 2017.

<sup>40</sup> D. Le Breton, "La question anthropologique de la gestation pour autrui" in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, B. Feuillet-Liger, M.-C. Crespo-Brauner (dir), Bruylant, Bruxelles, 2014, p.337.

jurisprudence française en 2017 traduit davantage un choix de renoncement à la progression.

## B. DES INTERROGATIONS TECHNIQUES

La définition de la maternité est au cœur de la gestation pour autrui. Notre tradition juridique a toujours considéré que la mère est celle qui accouche, *Mater semper certa est*. Or, admettre la gestation pour autrui reviendrait à remettre en cause cette conception de la maternité et à considérer comme la loi californienne que la mère porteuse comme la mère génétique sont mère « naturelles » de l'enfant. Bien entendu, ce ne serait possible qu'en cas de gestation pour autrui mais pas de maternité de substitution. Cette question est pourtant devenue essentielle puisque les solutions du droit positif reviennent à fragiliser les mères d'intention vis-à-vis des pères d'intention, les premières ne pouvant jamais faire coïncider leur intention avec leur qualité de mère juridique puisqu'elles n'accoucheront jamais<sup>41</sup>.

En outre, les situations internationales amènent à la coexistence de titres distincts de mêmes parents sur un même enfant. Plus particulièrement, les solutions retenues au sujet des mères conduisent à la coexistence de différents titres et font donc rejaillir les frontières après les avoir niées. C'est la résurgence des systèmes boiteux ou à tout le moins la résurgence des conflits de systèmes. Il en résulte un risque d'écartèlement de la situation de la mère dans un monde de mobilité accélérée. En effet, dans l'arrêt du 5 juillet 2017<sup>42</sup>, le jugement de la Cour supérieure de Californie du 17 septembre 2010, qui servait de fondement aux actes de naissance dont la transcription était demandée, précisait que M. et Mme X... étaient déclarés parents légaux des deux enfants et que la mère biologique avait renoncé à tous droits sur eux. Le titre américain indique donc les parents d'intention comme parents légaux. Le titre transcrit concernera le père d'intention qui est aussi le père biologique mais pas son épouse-mère d'intention car elle n'est pas considérée comme la mère en droit français. Il faudra un jugement d'adoption en France pour lui octroyer cette qualité. Il y a donc coexistence d'une part, de l'acte de naissance américain indiquant les parents d'intention comme parents dont la transcription ne vaudra que pour le père en France et d'autre part, un jugement français d'adoption par l'épouse de ce père. Il existe donc deux titres : le titre américain pour le père et pour la mère d'intention aux États-Unis transcrit en France pour le père seulement et le jugement d'adoption pour la mère en France. Dans cette même perspective, au

---

<sup>41</sup> A. Gosselin-Gorand et L. Mauger-Vielpeau, "Le corps mis à disposition : la gestation pour autrui", in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, PU de Caen, n°15, 2017, p.77-85, spéc.p.82 où est envisagée une liberté à deux vitesses des parents d'intention.

<sup>42</sup> n°15-28597

regard des faits de l'un des arrêts du 6 avril 2011<sup>43</sup>, un jugement du 4 juin 2001 du tribunal de Beltrami (Minnesota) a prononcé l'adoption de l'enfant en faveur des parents d'intention après avoir constaté par décision du même jour son abandon par sa mère (porteuse). L'acte de naissance délivré le 6 juin 2001 à Fosston, mentionnant les noms de M. X... et de Mme Y..., épouse X..., en qualité de père et mère de l'enfant, on aurait là encore, au regard des solutions retenues en 2017, une coexistence de deux titres : un acte de naissance reposant sur un premier jugement d'adoption aux États-Unis transcrit uniquement pour le père en France puisque seule la filiation paternelle correspond à la réalité et un second jugement d'adoption pour la mère d'intention en France.

Enfin, l'adoption n'est pas nécessairement vouée à être un « outil » pertinent. N'y a-t-il d'ailleurs pas une contradiction entre la gestation pour autrui recherchée à l'étranger, reposant exclusivement sur des arrangements privés qui peuvent mettre *ab initio* l'enfant dans une situation délicate et l'institution de l'adoption, institution initialement charitable, vouée à améliorer le sort des enfants orphelins<sup>44</sup> et reposant sur des règles édictées en vue de garantir la protection de tous les intéressés au processus ? Il faut d'ailleurs se souvenir que les premières décisions jurisprudentielles nationales avaient retenu un détournement de l'institution de l'adoption<sup>45</sup>.

Outre les aspects philosophiques de l'institution, la conciliation de cette solution avec les règles légales ne va pas se faire sans heurts. Ainsi dans les cas évoqués, il peut apparaître que les parents en cause ont pu obtenir cette filiation par décision de justice la leur attribuant avant même la naissance de l'enfant. Or, au regard du droit français, l'adoption suppose un consentement des parents biologiques à l'adoption de leur enfant après sa naissance<sup>46</sup>. Il en va de même de l'article 4 de la convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui exige que le consentement de la mère ait été donné après la naissance de l'enfant. Pourtant, fréquents sont les cas où le consentement de la mère porteuse est donné dès la conception, le ou les parents d'intention prenant à leurs charges l'ensemble des frais de la grossesse.

Par ailleurs, la question du consentement à l'adoption n'est pas anodine. Qui doit consentir à l'adoption de l'enfant par la mère d'intention ? La mère porteuse si elle figure sur l'acte de naissance transcrit, mais aussi le père biologique<sup>47</sup> qui est également le mari de la mère d'intention... Et si l'un ou l'autre refuse ? La mère d'intention se retrouve donc à la merci de la volonté de ces derniers.

---

<sup>43</sup> n°09-66.486.

<sup>44</sup> V. not. A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Paris, 9ème éd.2017, n°451, p. 191.

<sup>45</sup> V. *supra* note 8.

<sup>46</sup> Articles 347-1° et 348 et s. C. civ.

<sup>47</sup> Art. 347-1° C. civ.

Pour finir, quelle adoption serait possible ? Une adoption simple comme dans l'arrêt du 5 juillet 2017<sup>48</sup> au profit du mari du père biologique si ce dernier y consent ainsi que la mère porteuse si elle est mentionnée dans l'acte de naissance transcrit. Il s'agit alors d'une adoption simple de l'enfant du conjoint relevant de l'article 365 du Code civil<sup>49</sup>. Ainsi, la mère porteuse en consentant à l'adoption perd ses droits d'autorité parentale à l'égard de l'enfant dont le père biologique et le parent adoptif deviennent concurremment titulaires mais seul le premier les exercera à moins qu'il accepte d'effectuer une déclaration conjointe pour l'exercer en commun. Sur cet exercice conjoint de l'autorité parentale, une fois encore, l'adoptant est tributaire de la volonté du père biologique. Qu'en serait-il d'une adoption plénière ? Elle ne serait possible que si les deux parents y consentaient ; ce qui ne sera pas le cas du père biologique car il veut demeurer le père de l'enfant et ne souhaite donc pas l'abandonner sauf à admettre une adoption plénière de l'enfant du conjoint qui nécessiterait alors de satisfaire aux conditions de l'article 345-1 du Code civil<sup>50</sup>, qui ne seront pas remplies notamment si la mère porteuse est mentionnée dans l'acte de naissance transcrit car dans cette hypothèse l'enfant n'a pas de filiation légalement établie qu'à l'égard du conjoint. Ce n'est donc pas si simple et les règles de l'adoption sont perturbées par la situation particulière générée par la gestation pour autrui.

Finalement, la jurisprudence actuelle amène de nouvelles difficultés et la « solution » de l'adoption est loin d'être pérenne. La jurisprudence n'est certainement pas tarie en la matière. D'ailleurs, après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de réexamen des décisions civiles vient de rendre ses deux premiers arrêts et d'ordonner le réexamen par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de deux pourvois qui avaient été formés dans des affaires relatives à la transcription à l'état civil français d'actes de naissance établis à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui (arrêts n° 17 RDH 001 et 002 du 16 février 2018). Quant au législateur,

---

<sup>48</sup> N° 16-16455.

<sup>49</sup> Le texte prévoit que : "L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté".

<sup>50</sup> Ainsi le texte précise que : "L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant".

s'il n'entend pas pour l'heure se prononcer sur cette question souhaitant seulement réformer l'assistance médicale à la procréation dans le cadre de la révision des lois bioéthiques, il devra bien tôt ou tard faire face à ses responsabilités et ne pas laisser coexister dans notre ordre juridique des solutions divergentes et insécurisantes.

# LE DROIT D'UNE SUPERPUISSANCE FRAGILISÉE

Par

Guy QUINTANE

Doyen honoraire de la Faculté de droit,  
des sciences économiques et de gestion de Rouen

Les États-Unis sont souvent présentés comme le pays du droit. L'examen des lignes de force qui constituent le système juridique de ce pays, tant pour ce qui est de sa forme que des principes et valeurs sur lesquels il s'appuie, est toujours riche d'enseignements. Le premier constat auquel il conduit fait apparaître que le droit américain est constitué d'un ensemble de normes écrites par le détenteur du pouvoir normatif, mais aussi de jurisprudences intégrant les potentialités des *précédents*, autrement dit des marqueurs traditionnels de la *common law*. Le fait que nombre de normes relèvent d'États fédérés accroît par ailleurs la réelle diversité d'un système juridique national dont on note que l'écriture passe par des débats souvent longs et très techniques. Le système accorde en effet une place très importante au débat judiciaire et à ses acteurs : les juges, qui occupent une place élevée dans la hiérarchie sociale, mais aussi les citoyens du fait par exemple du rôle joué en matière pénale par des jurys. De tels caractères en font un droit dont la dimension processuelle est affirmée. Celle-ci semble, au moins pour partie, l'expression d'une forme de défiance à l'égard de la norme posée par les autorités normalement investies pour écrire la règle de droit, autrement dit, à l'égard de l'autorité politique. De ces caractères découle aussi le rôle joué par les hommes de loi – les *lawyers* – qui, au-delà même de leurs fonctions de techniciens, contribuent largement à l'évolution du droit substantiel lui-même. La défiance à l'égard du politique s'exprime aussi par le rôle joué par une multitude d'autorités de régulation, mais aussi par l'importance reconnue aux modes de règlements alternatifs des conflits, notamment en matière commerciale.

S'agissant des fondements du droit américain, à l'examen de la conception du *Juste* sur laquelle celui-ci s'appuie, on ne peut que relever l'insistance qu'il donne au concept de liberté. On sait combien est incertain le contenu dudit

concept et que, de ce fait, plusieurs conceptions de la liberté peuvent être défendues. La liberté placée sous la protection du droit américain, est pour l'essentiel celle dont il est question lorsque l'on évoque la liberté des *modernes*, autrement dit une liberté favorisant l'autonomie d'individus dont l'essence est considérée comme, en quelque sorte, « pré-sociale ». On sait aussi, de longue date, qu'une telle conception doit cependant être finement organisée pour qu'elle puisse contribuer à la préservation de l'ordre social et éviter notamment qu'elle ne débouche sur une société dont l'inégalité entraînerait des risques de déchirure qui pourraient en compromettre jusqu'au maintien. Conscient du risque, le pays était parvenu, à compter des années trente et pendant une grande partie du XX<sup>e</sup>, à la formation d'un cadre social garantissant une forme d'équilibre entre les libertés individuelles, et celles à contenu plus social, équilibre appuyé sur la théorie dit des *quatre grandes libertés*, affirmée au moment du *New-Deal*. À côté de la liberté d'expression, de culte, du droit de vivre à l'abri de la peur, était ainsi posé le droit de vivre à l'abri du besoin. La mise en œuvre de ce dernier est ainsi passée par la promotion d'un droit du travail protecteur, et peut-être plus encore par l'écriture d'un droit fiscal qui a longtemps joué un rôle important pour réduire les inégalités.

Cet équilibre semble aujourd'hui avoir été rompu, et l'on peut dire que si droit américain avait largement contribué à l'édification et à la consolidation d'une superpuissance (I), la profonde évolution qu'il connaît depuis une trentaine d'années accompagne la fragilisation de la société américaine à laquelle par ailleurs il contribue sans doute (II)

## I. LE DROIT D'UNE SUPERPUISSANCE

Il n'est sans doute pas excessif de parler des États-Unis comme d'une superpuissance, d'une « puissance structurelle »<sup>1</sup>, comme on a pu l'écrire. En témoignent, la situation économique du pays, mais aussi la place qu'il occupe dans l'ordre international, notamment pour ce qui a trait à la promotion du modèle de société qu'il véhicule.

L'économie américaine est la première au monde, adossée il est vrai à des ressources naturelles exceptionnelles, mais aussi à l'avantage dans le domaine technologique dont dispose le pays. Le PIB américain représente plus de 20% de la richesse mondiale<sup>2</sup>. La croissance du pays aura été en 2017, de l'ordre de 2,5%, et le chômage est à un niveau qui reflète aujourd'hui une situation de quasi plein emploi. Plus de la moitié des cent plus grandes entreprises mondiales sont américaines. Leur capitalisation boursière représentait en 2016 plus de 8500

---

<sup>1</sup> S. Strange, *States and markets*, Pinter, 1988.

<sup>2</sup> Pour une population qui représente environ 4% de la population mondiale.

milliards, ou encore presque quatre fois la richesse annuelle produite en France. Le symbole de cette réussite économique peut être illustré par les quatre entreprises, dont l'ensemble est désigné par l'acronyme *GAFAs*<sup>3</sup>, entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires supérieur à celui que représentent les dépenses de l'État français et qui déploient leurs activités dans des secteurs stratégiques. On peut aussi noter que les cinq grandes banques d'investissement américaines dominent très largement le domaine des fusions-acquisitions réalisées dans le monde. La monnaie américaine reste par ailleurs très largement la monnaie la plus fréquemment utilisée dans les échanges internationaux, et la baisse qu'il a connu en 2017 par rapport aux monnaies des pays ou zones les plus puissantes au monde n'a guère affecté sa suprématie.

L'économie est favorisée par le droit mis à son service : celui d'une nation qui a su exploiter les ressorts du libéralisme, comme l'avait déjà perçu Tocqueville et dont on pourrait aussi trouver les éléments permettant d'en marquer les spécificités dans l'œuvre de Max Weber. Cette superpuissance est garantie par l'outil militaire, mais aussi par d'autres instruments. Pour asseoir et protéger leur puissance, les États-Unis, disposent d'un budget militaire dont le montant permet de mettre en lumière les moyens dont ils disposent en la matière. Avec environ 680 Mds de dollars, il représente plus de 35% des dépenses militaires mondiales (et environ 18 fois le budget militaire de la France, pour une population égale à environ 4,5 fois et demi celle de l'hexagone). Le pays peut aussi mobiliser d'autres types d'instruments qui garantissent son influence. Il utilise ainsi, et de plus en plus, le vecteur de la culture<sup>4</sup>, au sens large, une culture dont la diffusion est favorisée par l'usage des outils techniques que le pays a développés. Dans ce secteur, le droit occupe une place essentielle, un droit dont on peut au passage noter *qu'il parle de plus en plus anglais*. On pourrait aller jusqu'à en dire qu'il est un droit à vocation impériale comme le montre la place qu'occupe le pays au sein des institutions internationales (A), mais aussi la façon dont il donne une dimension extraterritoriale à son corpus juridique (B).

## A. LA PLACE DES ÉTATS-UNIS DANS LES INSTITUTIONS INTERNATIONALES

La puissance des États-Unis s'exprime dans le domaine des relations internationales. Elle passe notamment par la forte influence du pays pour la mise sur agenda des questions relevant de ce domaine, mais aussi par l'importance des outils dont le pays dispose quand il s'agit de rendre effective les décisions de ces

---

<sup>3</sup> *Google, Apple, Facebook et Amazon.*

<sup>4</sup> Pour une étude récente de la question, voir R. Debray, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, Gallimard, 2017.

institutions. S'agissant de l'agenda, et des mesures qui y sont inscrites, le pays a ainsi réussi à faire admettre l'éclatement du système de changes fixes qui était le fondement du système monétaire adopté à Bretton-Woods pour continuer à profiter de la puissance du dollar. Il est clair en effet que la déstructuration du système monétaire international a largement servi les États-Unis qui, au fil de leurs besoins gèrent leur monnaie aux fins de garantir la compétitivité de leur pays.

L'organisation même des institutions internationales révèle que celles-ci sont pour la plupart dominées par les États-Unis qui, du fait qu'ils en sont les premiers contributeurs, y imposent leurs points de vue. On pourrait ici citer l'exemple de l'ONU dont le pays finance environ 25% des dépenses, du FMI dont les quotes-parts américaine représentent plus de 16% de la dotation, ou de l'OTAN dont le pays finance environ le quart des dépenses. On notera aussi que dès lors que de telles institutions sont considérées comme n'étant pas suffisamment dans la main du pays, les États-Unis n'hésitent pas à les déconsidérer, voire à les quitter, au moins provisoirement, comme le montre leur politique à l'égard de l'Unesco.

S'agissant des relations directes entre États, la puissance du pays, mais peut-être aussi la faiblesse de ses interlocuteurs, peut conduire à ce que les accords négociés conduisent à des arrangements dont il n'est pas sûr qu'ils soient réellement équilibrés. Le Traité sur le libre-échange entre les USA et l'Europe (dit *TAFTA*) en est l'un des exemples et soulève ainsi de nombreuses interrogations, même s'il faut aussitôt noter que la discussion du texte semble aujourd'hui au point mort. Outre le fait que, sur le plan économique, il n'est pas sûr qu'il exauce les vœux des européens. C'est ainsi que les États-Unis ne se sont pas engagés à abroger le *Buy American Act* qui limite considérablement la possibilité aux entreprises européennes de soumissionner lors d'appels d'offres publics, de même que le mode de règlement des conflits que prévoit le projet pourrait conforter l'emprise d'un droit américain servi par des moyens que l'Europe ne semble pas en mesure de mobiliser.

## B. L'EXTRA-TERRITORIALITE DU DROIT AMERICAIN

Les États-Unis sont enclins à considérer que leur conception du droit devrait, compte tenu notamment de l'idée qu'ils se font de ses fondements, être relayée par les pays du monde dit « libre », et ce quand bien même il ne serait pas conforme aux règles du droit international. D'ores et déjà, un certain nombre de branches du droit de nombreux pays sont largement influencées par le droit américain, notamment pour ce qui a trait à la régulation des affaires : selon la Fondation pour le droit continental, 75% des transactions mondiales se font en une *common law* d'inspiration américaine. Même si certains auteurs considèrent

que plus que d'américanisation du droit, il vaudrait mieux parler de mondialisation de celui-ci<sup>5</sup>, le droit américain est parfaitement intégré dans la stratégie américaine de consolidation de la puissance du pays, et est considéré comme l'un des instruments du *soft-power* que ladite stratégie peut mobiliser et dont le concept a été d'ailleurs théorisé par un américain<sup>6</sup>. Le droit peut ainsi, comme outil d'un soft power, devenir un instrument de protection et des intérêts des États-Unis. Les auteurs du rapport d'information sur l'extraterritorialité du droit américain notent qu'une partie de ceux que leurs fonctions amènent à devoir penser le droit, constitue un cercle à l'intérieur duquel on trouve des « diplomates, universitaires, et think tankers [qui sont] parfaitement conscients que le droit a une portée internationale, qu'il peut être un instrument de la diplomatie et de la politique économique internationale, qu'il concourt au soft-power »<sup>7</sup>.

L'extraterritorialité juridique demeure une extraterritorialité destinée à garantir la puissance du pays, quitte à ce que, au nom de celle-ci, l'on puisse imposer aux ressortissants de pays tiers des obligations peu compatibles avec certains principes fondant ledit ordre. En témoigne le refus américain d'adhérer au traité sur la Cour pénale internationale ou leur retrait de l'accord de Paris sur le climat. Un tournant essentiel pour permettre la revendication de l'extraterritorialité de normes américaines a été pris en 1977 avec l'adoption du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) aux fins de lutter contre la corruption, essentiellement dans le monde des affaires. S'appliquant aux entreprises nationales il fut étendu en 1998 aux entreprises étrangères. Une vingtaine d'années plus tard, le pays se dota de plusieurs lois aux fins de sanctionner le commerce avec les États sous embargo américain (Iran, Cuba, Libye, Soudan...), et notamment, les lois Helms-Burton et D'Amato. Puis après les attentats du 11 septembre 2001, plusieurs dispositions furent adoptées en vue de faciliter la lutte contre le blanchiment de l'argent des terroristes ou des narcotrafiquants. Dans un même registre, le *Patriot Act* de 2001 confère par ailleurs des pouvoirs élargis aux agences américaines pour accéder aux données informatiques, notamment via l'*Agence nationale de sécurité (NSA)*.

L'utilisation du droit, sous couvert de bonnes intentions, telles par exemple la volonté légitime de lutter contre la corruption, peut ainsi être la pièce d'une stratégie de domination telle par exemple la mise en difficulté des concurrents d'entreprises américaines. Jean-Michel Quatrepoint rappelle à cet égard que dans une affaire de corruption, Alstom écopa d'une sanction neuf fois plus élevée que

---

<sup>5</sup> Voir, E. Allan Farnsworth, « L'américanisation du droit – Mythes ou réalités », *Arch. phil. Droit* 45 (2001).

<sup>6</sup> J. Nye, *Bound to Lead ; The Changing nature à American Power*, New York, Basic Books, 1990

<sup>7</sup> P. Lellouche et K. Berger, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, Assemblée nationale, 5 octobre 2016, p. 13.

celle infligée à l'entreprise japonaise avec laquelle le groupe français était associé et note que la société japonaise « n'intéressait pas les poids lourds américains du secteur, alors qu'Alstom était déjà une cible pour *General Electric* ». Un même constat est fait à propos de l'amende infligée à Alcatel. Le même auteur relève que, « en quelques années, les entreprises européennes ont versé près de 25 milliards de dollars aux diverses administrations américaines : plus de 8 milliards au titre du *FPCA* et 16 milliards pour le non-respect des sanctions économiques. Sur ce total, la facture pour la France dépasse 12 milliards de dollars »<sup>8</sup>. Les transactions que signent les entreprises condamnées obligent celles-ci à accepter la mise sous surveillance de leurs activités par des contrôleurs chargés de vérifier que désormais celles-ci se conforment aux modalités de mise sous surveillance. Par ailleurs, le *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* adopté en 2014, permet à l'administration fiscale américaine d'exiger des banques étrangères de lui transmettre toutes leurs données financières sur les comptes de citoyens américains.

Cette extraterritorialité peut ainsi heurter, non seulement des principes fondamentaux sur lesquels sont réputés se fonder les relations entre Etats, mais quelquefois même les valeurs sur lesquelles se fondent les démocraties : le débat sur la conformité au droit international des législations américaine soulève des questions non tranchées<sup>9</sup>. Le principe de l'immunité souveraine, principe fondamental dans les relations entre Etats, est ici assorti d'exceptions qui ne sont pas sans poser question. C'est ainsi par exemple que l'immunité souveraine pourrait être « suspendue » en matière de poursuites civiles dans le cas d'actes de terrorisme impliquant un Etat. Cette stratégie de contournement de la souveraineté des Etats peut avoir pour origine l'action d'ONG américaines, par exemple dans le domaine de l'environnement comme l'a montré l'affaire *Volkswagen*. Elle est favorisée par les moyens invoqués pour justifier l'application du droit américain, même lorsque la relation entre l'entreprise américaine et les Etats-Unis est très distendue. Il suffit par exemple que la monnaie de compte pour la transaction entre tel ou tel pays et une entreprise relevant d'un pays sous embargo soit le dollar, pour que les Etats-Unis considèrent que leur droit est applicable. On sait que c'est sur la base de ces dispositions que la banque française BNP a été condamnée à une amende supérieure à 8 Mds de dollars.

Les dispositifs initiés depuis le 11 septembre mettent, s'agissant des fondements sur lesquels se fondent les Etats qui se réclament de la qualité d'Etats de droit, des dérives condamnables. C'est ainsi que l'*USA Patriot Act* du 26 octobre 2001 est, de fait, un dispositif de banalisation du concept de

---

<sup>8</sup> J.-M. Quatrepoint, « Au nom de la loi...américaine », *Le Monde diplomatique*, janvier 2017 ; voir aussi C. Laucci, « Quand le droit anglo-saxon s'impose », *Le Monde diplomatique*, avril 2014.

<sup>9</sup> Voir P. Lellouche et K. Berger, *op. cit.*, notamment p. 77-79.

circonstances exceptionnelles et, au-delà, autorise des agents publics à commettre des actes en contradiction avec les valeurs dont se prévaut le modèle d'État libéral. L'exemple des détenus dépourvus d'un statut juridique de Guantanamo en est l'une des meilleures illustrations, même s'il faut préciser ici que la Cour suprême américaine a jugé le 29 juin 2006 que certains d'entre eux n'étaient pas conformes à la Constitution américaine. Le *Military commissions Act* susvisé légalise quant à lui la possibilité d'obtenir des aveux par l'utilisation de « mauvais traitements ». Les conditions d'emplois de nouvelles armes, tels les drones, posent aussi des questions restées aujourd'hui largement sans réponses et l'on a même pu évoquer ici le « permis de tuer » que s'octroierait le chef de l'exécutif, il est vrai avec semble-t-il l'appui d'une majorité politique, dans des conditions de légalité plus que douteuses.

## II. LE DROIT D'UNE NATION FRAGILISÉE

Les États-Unis sont sans doute l'une des premières démocraties occidentales à avoir adopté au début des années 1980, le modèle du néolibéralisme. Celui-ci constitue le socle sur lequel a pu s'appuyer la mutation d'une société dont il semble avoir accompagné, voire accru, la fragilisation. C'est ainsi que la mondialisation que ledit modèle contribue à légitimer et dont les États-Unis sont l'un des promoteurs, à tout le moins pour ce qui est du discours, a sans doute renforcé d'autres États dont la montée en puissance va affecter le monopole qu'ils détenaient. L'observation de l'ordre international permet de mesurer cette évolution (A). Cet affaiblissement relatif pourrait être aussi la conséquence des tensions de plus en plus vives que traverse une société américaine que l'évolution du droit interne a par ailleurs favorisé (B)

### A. L'EXPRESSION DE L'AFFAIBLISSEMENT DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

Plusieurs indicateurs permettent de mesurer le recul des États-Unis dans l'ordre international, et notamment ceux qui peuvent être utilisés pour évaluer la puissance militaire (1) et la situation économique (2).

#### 1. LA SITUATION MILITAIRE DES ÉTATS-UNIS

Le modèle sécuritaire américain qui, depuis la chute du bloc de l'Est, semblait ne plus avoir d'adversaires à sa taille, et pouvoir dès lors aisément se déployer en tous points du globe, semble avoir montré ses limites comme en témoignent les conflits en Afghanistan, en Irak, ou même en Syrie. Un autre

signal particulièrement peut en être lu dans les tensions entre les États-Unis et la Corée du Nord. C'est ainsi que si le nouveau président américain avait clairement dit que jamais son pays ne laisserait la Corée du Nord se doter de missiles intercontinentaux à tête nucléaire, les mesures qui seraient nécessaires à garantir l'interdit qu'il semblait poser sont apparues à l'automne 2017 comme particulièrement difficiles à mettre en œuvre. Mais c'est la montée en puissance de la Russie et de la Chine qui semble le signal le plus clair de l'affaiblissement relatif du pays. S'agissant de la Russie, les événements d'Ukraine et peut-être plus encore l'intervention en Syrie, ont mis en lumière une puissance militaire de ce pays qui n'avait sans doute pas été prévue. Pour ce qui est de la Chine, Stéphanie Pézard note que, « plus que la puissance de la Chine, qui reste inférieure, dans son ensemble à celle des États-Unis, c'est la vitesse à laquelle elle s'est constituée qui impressionne et inquiète les décideurs américains. Si les ambitions géographiques limitées [de la Chine] peuvent sembler rassurantes pour les États-Unis, elles signifient également que toutes les capacités militaires de la Chine se concentrent sur une seule région (l'Est de l'Asie) tandis que les États-Unis doivent entretenir des bases militaires, des troupes et des dépôts logistiques sur plusieurs continents »<sup>10</sup>.

En matière multilatérale, les prises de position de la Russie et de la Chine peuvent aussi désormais de plus en plus fréquemment affecter les projets américains, comme l'a montré récemment l'impossibilité des États-Unis d'imposer au Conseil de sécurité de l'ONU l'adoption des sanctions qu'ils souhaitent infliger à la Corée du Nord. Comme l'écrit Renaud Girard, « l'impuissance des États-Unis à contraindre le régime nord-coréen à renoncer aux armes nucléaires n'est pas une exception. Il s'inscrit dans une longue suite d'échecs géopolitiques, qui ont bouté l'Amérique de son piédestal d'hyperpuissance »<sup>11</sup>. Si les États-Unis ne semblent pas avoir renoncé à un affrontement direct avec le pays, il n'est pas sûr qu'ils soient prêts à en assumer les conséquences.

La défiance à l'égard de pays réputés amis, et les pratiques à laquelle elle peut donner lieu, lorsqu'elles sont révélées peut, par les répliques qu'elles sont susceptibles d'entraîner, nuire aux intérêts américains. L'affaire *Snowden* en est une illustration. Celle-ci a mis à jour les programmes d'espionnage structurés d'alliés des États-Unis conduits par l'*Agence nationale pour la sécurité* (NSA) avec souvent le concours de géants du secteur de l'informatique. Il est ainsi apparu que l'agence espionnait des responsables d'institutions internationales, mais aussi des chefs d'État et de gouvernement, parmi lesquels la Chancelière allemande. Cette affaire a selon Glenn Greenwald, entraîné « des changements

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p 158.

<sup>11</sup> R. Girard, « La fin de l'hyperpuissance américaine », *Le Figaro*, 12 septembre 2017.

fondamentaux et irréversibles dans beaucoup de pays et quantités de domaines »<sup>12</sup>. Désormais, les alliés traditionnels des États-Unis n'hésitent plus à prendre leur distance à propos de dossiers aussi importants que celui du nucléaire iranien ou du statut de Jérusalem.

## 2. LA SITUATION DE L'ECONOMIE

Les États-Unis subissent une concurrence de plus en plus forte des pays émergents, mais aussi d'autres démocraties occidentales, laquelle a conduit à un recul du poids économique du pays dans l'ensemble des économies mondiales : « mesurée en parité du pouvoir d'achat, la part du PIB américain dans la richesse mondiale est en baisse régulière. Après s'être maintenue autour de 22% dans les années 1980, elle atteint 20,8% en 2000 pour s'établir à 15,7% en 2016 selon le FMI »<sup>13</sup>. Si depuis le tournant du début des années 80, la richesse américaine s'est accrue davantage que celle du Japon, de l'Allemagne (qui a dû il est vrai revoir son économie à la suite de la réunification), et surtout de la France, elle n'a pas plus augmenté que celle de la Grande-Bretagne, ou surtout celle de la Chine. La richesse annuelle produite par ce dernier pays devrait être supérieure à celle produite par les États-Unis dans une dizaine d'années. Ceux-ci ont naturellement pris la mesure de leur déclin relatif, et tentent d'y remédier en adoptant des mesures qui semblent aujourd'hui prendre la forme du retour d'une forme de protectionnisme et qui passent aussi par le renforcement de structure financière des entreprises. On peut ici citer la sortie du Partenariat Trans-Pacifique (TPP), la remise en cause de l'accord de libre-échange nord-américain (Aléna), ou encore celle de l'Organisation mondiale du commerce. D'importantes mesures visent à renforcer la situation financière des entreprises en baissant sensiblement leur imposition. D'autres enfin, portent sur la relance d'investissements publics avec un creusement accepté du déficit budgétaire.

### B. LE DROIT ET LA SOCIÉTÉ AMÉRICAINE

L'ordre social américain est très marqué, nous l'avons dit, par l'influence néolibérale. L'individualisme, qui en est l'un des marqueurs, conduit à un univers exacerbant la compétition, et même la violence, laquelle entraîne à son tour de nouvelles questions sociales. S'agissant de la violence, la criminalité en est l'une des illustrations les plus emblématiques. Le nombre annuel d'homicides enregistré dans le pays est aujourd'hui de l'ordre de 10 000 (le chiffre est

---

<sup>12</sup> G. Greenwald, *Nulle part où se cacher*, J.-C. Lattès, 2014.

<sup>13</sup> J. Bueb et M. Geffrault, « Un colosse chez les géants Splendeur et déclin de la stratégie économique américaine », in *Les États-Unis dans le monde* (dir. in F. Charillon, Célia Belin), CNRS éd., 2016, p. 85.

d'environ 1000 en France). Le recours à celle-ci est sans doute facilité par le droit de tout un chacun d'acquiescer et de porter des armes. Ce droit d'une liberté exacerbée dans ce domaine, a un versant supposé responsabilisant : celui de la répression. Elle ne suffit pourtant pas à endiguer la violence précitée. La peine de mort semble quant à elle peu dissuasive : depuis 1976, année au cours de laquelle elle est redevenue effective, il y a eu 1450 exécutions dans le pays, soit environ une tous les dix jours (il y a aujourd'hui plus de 3000 prisonniers qui attendent leur exécution).

L'idéalisation de la liberté, conjuguée avec les progrès de la technique conduit aussi le pays à admettre des pratiques dont les enjeux ne semblent pas toujours être évalués comme il conviendrait qu'ils le soient. Tel est le cas pour ce qui a trait, à la légalisation, dans certains États américains, de la procréation médicale assistée (PMA), ou de la gestation pour autrui (GPA). De manière plus générale, le droit, est ici largement pensé comme *pouvoir*, et plus particulièrement pouvoir de l'individu, dans le cadre de relations sociales qui font une large utilisation du rapport de force, un rapport de force dont l'acceptation peut être se voir dans goût pour la chicane<sup>14</sup>. On ne peut non plus sous-estimer les conséquences résultant du profil le plus communément observé de ceux qui sont chargés de dire le droit, ou d'en faire valoir les dispositions dans les affaires au cours desquelles il est mobilisé. C'est ainsi que les étudiants en droit relèvent très majoritairement de milieux sociaux étroits, compte tenu des conditions mises pour réussir leur formation. Russel L. Weaver et Christina E. Welles écrivent ainsi, « au cours d'une récente période de vingt ans, alors que les frais de scolarité des universités ont augmenté à une vitesse impressionnante (71%), les frais de scolarité [des facultés de droit] ont augmenté d'un pourcentage encore plus important (317%). Même les facultés publiques facturent régulièrement des frais de scolarité approchant les 20 000 dollars par an »<sup>15</sup>. Les auteurs notent que l'endettement total des étudiants en droit a atteint 3,6 milliards de dollars et devraient s'élever à 7 milliards en 2020. On pourrait presque dire que le droit est de plus en plus un droit assurant la protection des puissants et la domination des plus faibles. Il a contribué à une très forte progression des inégalités sociales qui ont pu s'appuyer sur un nouveau droit du travail et un nouveau droit fiscal (1) Les inégalités précitées se déploient dans une société dont elles exacerbent la dimension communautariste et dont le rejet du politique est signe préoccupant (2)

---

<sup>14</sup> Roland Séroussi notait, « en 2003, il y a eu plus de 18 millions de procès aux États-Unis, soit près de un pour neuf adultes<sup>14</sup> », R. Séroussi, Introduction aux droits anglais et américain, Dunod, 2007, p. 162.

<sup>15</sup> R. L. Weaver et C. E. Wells, « L'enseignement du droit aux États-Unis : tensions et effets de la crise financière », in *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre Américanophobie et Américophilie*, (dir. P. M. Bongo et R. L. Weaver), Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 351. On notera que la formation moyenne d'un avocat peut coûter 150 000 euros.

## I. LES INEGALITES SOCIALES, LE DROIT DU TRAVAIL ET LE DROIT FISCAL

Dans un pays qui avait sans doute infléchi la montée des inégalités dans les années 70, celles-ci vont, depuis lors, progresser sensiblement. Les États-Unis sont devenus l'un des, si ce n'est le pays le plus inégalitaire de toutes les puissances occidentales<sup>16</sup>. On estime que 1% des Américains perçoivent 20% des revenus et possèdent 42% du patrimoine (contre 22% en 1979). Dans le même temps, 12% de la population est en situation de pauvreté. Il en résulte que les États-Unis connaissent une très faible mobilité sociale. Aux risques de graves tensions que peut entraîner une telle situation, s'ajoutent ceux liés au fait que c'est même la croissance de l'économie qui pourrait en souffrir. La distribution primaire des revenus pour les privilégiés est de plus en plus mal corrigée par le système des prélèvements obligatoires qui a conduit à un recul très sensible de la progressivité du prélèvement fiscal.

Cette évolution a été mise en forme par un droit du travail et un droit fiscal qui ont connu de très profondes inflexions. S'agissant du droit du travail, Kenneth G. Dau-Schmidt écrit : « Les classes aisées des États-Unis ont utilisé la crise [de 2007] comme une opportunité pour attaquer la négociation collective, dernier refuge de la représentation de la classe moyenne américaine. Cette prise de pouvoir représente une revendication du pouvoir et du contrôle par la haute société américaine qui n'a pas été connue depuis la destruction du système de négociation collective des syndicats avec [la montée] du management scientifique et la déqualification des emplois dans les années 1990»<sup>17</sup>. Le droit du travail, qui avait déjà connu d'importants coups de boutoir à compter des années 80-90 avec la montée du managérialisme, a été fortement ébranlé par la crise de 2007 qui a contribué au recul de la négociation collective et à la remise en cause du statut des salariés, notamment ceux du public. S'agissant de ces derniers, les États-Unis, comme plus tard la France, ont adopté un droit présenté comme conditionnant la « modernisation » de la gestion publique, au nom de l'exigence d'une performance dont le contenu mériterait souvent d'être précisé. Parmi les procédés utilisés pour promouvoir celle-ci, on relève le plus souvent la réforme de la nomenclature budgétaire aux fins de d'introduire dans la gestion publique la comptabilité analytique et le contrôle de gestion. Ces nouveaux dispositifs, sous leur apparence purement technique, vont profondément modifier les valeurs et croyances des agents publics.

---

<sup>16</sup> Voir notamment Godfrey Hodgson, *De l'inégalité en Amérique*, Gallimard, 2007.

<sup>17</sup> K. Dau-Schmidt, « L'économie mondiale, la grande récession et le déclin de la négociation collective aux États-Unis », in *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre Américanophilie et Américophilie*, (dir. P. M. Bongo et R. L. Weaver), Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 217

S'agissant du droit fiscal, Thomas Piketty a pu relever que, « de 1945 à 1964, le taux marginal supérieur de l'impôt fédéral sur le revenu fut de 91%, puis de 70% de 1964 à 1981, niveau « officiel » qui était fréquemment alourdi par de multiples majorations « exceptionnelles » [...], et ce sans même prendre en compte les impôts complémentaires institués par les différents Etats américains »<sup>18</sup>. A la suite de l'élection de Ronald Reagan, le taux marginal de l'impôt sur le revenu a été ramené de 70% dans les années 70 à 28% au moment du triomphe intellectuel des thèses néolibérales, à la fin des années 1980. Il a été rehaussé à 39,6% en 1992, loin des niveaux qu'il atteignait jusqu'aux années 70. Ce sera une contribution sensible à la montée des inégalités sociales, dès lors que le mouvement a accompagné celui d'une distribution des revenus primaires faite au profit des plus fortunés.

Les mesures fiscales adoptées à la fin de 2017 ne devraient pas corriger cette situation.

## 2. UNE SOCIETE DONT LE COMMUNAUTARISME AFFECTE LES FONDEMENTS

Le communautarisme, à savoir la promotion d'un modèle de cohabitation, à l'intérieur d'un cadre national, de communautés infranationales auxquelles sont reconnues le droit de se voir reconnaître des spécificités affirmées, notamment en matière culturelle, est une constante dans un pays qui se veut celui des libertés individuelles qui admet de manière implicite la primauté du *Juste* sur le *Bien* et qui de ce fait a adopté un dispositif juridique aux fins de consolider un tel ordonnancement. Le pays conscient des risques, en termes d'équilibre social, qu'une telle situation pouvait engendrer a engagé dans la deuxième partie des années 60 une politique d'« affirmative action », autrement dit de discriminations positives, notamment dans les domaines de l'accès à l'emploi, de la place des femmes, ou des admissions à l'Université qui a été jugée conforme à la Constitution par la Cour suprême, il est vrai avec une certaine prise de distance. L'exacerbation des différences est devenue de plus en plus sensible, du fait notamment de la libéralisation de l'immigration, à compter de la fin des années 60, libéralisation dont les conséquences n'ont été perçues que très tard. C'est ainsi que, lors des élections de novembre 2016, il est apparu que les électeurs issus de minorités ethniques constituaient plus de 30% des électeurs. Ce pourcentage ne fera qu'augmenter au cours des prochaines décennies : « On estime ainsi que vers le milieu du XXI<sup>e</sup> siècle, les Américains issus des différentes minorités dépasseront collectivement en nombre les blancs non-

---

<sup>18</sup> T. Piketty, *Les hauts revenus en France au XXe siècle. Inégalités et redistribution 1901-1998*, Grasset, 2001, p. 503.

hispaniques<sup>19</sup> ». L'homogénéité d'une société de « WASP »<sup>20</sup> est sans doute dépassée. C'est peut-être ce que l'on a qualifié de « politiquement correct » qui est la meilleure expression de ce communautarisme. On sait que le mouvement est né dans les Universités américaines au nom de la place qu'il faudrait désormais réserver à « des minorités » toujours plus nombreuses à revendiquer ladite place, « ce sont elles qui devraient définir, à partir de leur ressenti, les frontières du dicible dans la sphère publique [...] On chantait hier le métissage, on vante désormais l'intégrité ethnique des minorités victimaires »<sup>21</sup>. Gwenaëlle Calvé écrit ainsi : « Le critère<sup>22</sup> était un handicap et enfermait les individus dans un destin ; il fait dorénavant figure d'atout et ouvre devant eux les voies de la mobilité sociale [...] critère qui dessine les contours de groupes auxquels on accède par la naissance et dont on ne se libère que par la mort »<sup>23</sup>.

Le désarroi de la société américaine est apparu de manière particulièrement nette lors des débats engagés lors des élections de 2016, et notamment dans la façon dont ont été traités par l'intelligentsia ceux qui avait « mal voté ». Serge Halimi rapporte ainsi que la prestigieuse revue *Foreign Policy* a publié sur son site un article de Jason Brennan sous le titre *Trump a gagné parce que ses électeurs sont ignorants, vraiment*, dans lequel celui-ci écrit notamment, « la nuit dernière, nous avons vécu quelque chose d'historique : la danse des ânes. Jamais auparavant les gens instruits n'avaient aussi uniformément rejeté un candidat. Jamais auparavant les gens moins instruits n'en avaient aussi uniformément appuyé un autre »<sup>24</sup>.

IL n'est pas sûr qu'à l'issue de ces élections le président élu puisse réduire la fracture. Quelques mois après lesdites élections les clivages qu'elles ont fait apparaître sont toujours là. Ils sont parmi les indices les plus nets de la fragilisation de la superpuissance américaine. On doit toutefois se rappeler que le pays a connu par le passé des crises sans doute tout aussi délicates et qu'il a toujours su les surmonter.

---

<sup>19</sup> F. Gagnon et C. Cloutier-Roy, « L'inextricable polarisation de la société américaine », in *Les États-Unis dans le monde*, (dir. in F. Charillon, Célia Belin), CNRS éd., 2016, p. 44.

<sup>20</sup> White Anglo-Saxon protestant.

<sup>21</sup> M. Bock-Côté, *Le Figaro*, 31 juillet 2017.

<sup>22</sup> D'appartenance à une communauté.

<sup>23</sup> G. Calvés, « Qu'est-ce que la discrimination positive ? », *Alternatives économiques*, n°232, 2005, p. 69.

<sup>24</sup> S. Halimi, *Le Monde diplomatique*, déc. 2016.



II.

*LA NEOLIBERALISATION DU DROIT COMME  
MANIFESTATION DE L'AMÉRICANISATION DU  
MONDE*



# LA LOGIQUE ENTREPRENEURIALE, LES *NUDGES* ET L'ACTION PUBLIQUE LOCALE

Par  
Stanislas LUCIENNE  
Directeur général des services de la ville de Bois-Guillaume  
Vice-président régional du SNDGCT  
Chargé de cours à l'Université de Normandie

Mesdames, Messieurs, il me revient de présider cette table ronde, rôle toujours délicat.

Avant toute chose je souhaite remercier M. Bottini ainsi que LexFEIM (Laboratoire de recherche en droit fondamentaux des échanges internationaux et de la mer) pour avoir rendu possible la réalisation de ce colloque.

Les travaux de ce matin ont été riches, ceux de cette après-midi s'annonce tout aussi denses.

Pour ma part, c'est surtout en qualité de praticien et en qualité de Vice-président régional du Syndicat National des Directeurs Généraux des Collectivités Territoriales (SNDGCT) que j'interviendrai aujourd'hui.

Le thème choisi nous invite à un questionnement autour du libéralisme et de l'américanisation du droit et je ne résiste pas à l'envie de profiter de l'occasion qu'il m'est donné de m'exprimer pour vous donner mon point de vue sur ce sujet. Il pose selon moi la question de l'intégration d'une vision anglo-saxonne dans le service public local « à la Française ».

Du point de vue d'un Directeur général des services, cette problématique met en lumière deux phénomènes complémentaires qui jouent de façon circulaire pour renforcer l'impression d'une américanisation de l'action publique locale. Tandis que la logique entrepreneuriale prend le pas sur la gestion en régie (I), le pouvoir central multiplie les « *nudges* » (« coup de pouce ») pour inciter les collectivités territoriales et leurs groupements à se convertir toujours plus à cette évolution, sous couvert de respecter leur libre administration (II).

## I. L'INCURSION DES RÈGLES DE MARCHÉ ET DE LA RHÉTORIQUE ENTREPRENEURIALE DANS L'ENVIRONNEMENT DU SERVICE PUBLIC

Le service public local est depuis longtemps conduit à une tension entre liberté d'entreprise d'un côté et régulation publique de l'autre. Si progressivement s'est imposé en France l'idée de collectivités locales opérateurs de services, cette conception a trouvé à se renforcer dès les premières lois sur la décentralisation. Mais cette réalité est aujourd'hui interrogée, les notions d'usager et de services publics se transformant peu à peu sous le triple effet de l'évolution des finances publiques, des modes de vie et de la transformation même des attentes autour des services publics.

Le terme d'usager est emblématique de cette transformation. Dans la vision historique de l'État-providence, le service public est marqué par une coopération entre le fournisseur et l'usager, ce dernier ayant droit à un fonctionnement normal du service en fonction d'un niveau de qualité égal pour tous. Il s'agit d'une approche issue de la reconstruction, où les services publics sont alors vécus comme une amélioration du niveau de vie générale, le pur produit d'un État-providence reposant sur une vision Keynésienne de l'économie. Pour cette raison, le fonctionnaire dispose d'un relatif droit à l'erreur.

Le temps passant, l'usager est peu à peu devenu « client » ou « bénéficiaire »... Ses droits se sont trouvés peu à peu affirmés comme l'illustre la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. Celle-ci dispose : « *L'action sociale et médico-sociale est conduite dans le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains avec l'objectif de répondre de façon adaptée aux besoins de chacun d'entre eux et en leur garantissant un accès équitable sur l'ensemble du territoire* ». Ce texte est ainsi révélateur d'un tournant pour le monde territorial. Car avec lui le sujet devient acteur. L'important n'est plus l'égalité mais l'idée d'équité. Le droit d'usage fonde un droit à réparation en cas de dommage à l'origine de la croissance exponentielle des recours en responsabilité contre l'administration : fournir un service public de qualité moyenne ne suffit plus car le citoyen ne se contente plus d'une logique de moyen et exige une logique de résultat.

Cette culture du résultat et de l'évaluation marque le point d'achoppement du basculement du monde des anciens de la gestion des communs à la disposition du plus grand nombre à une culture entrepreneuriale. L'évolution de la société, le monde du service gratuit porté par les firmes du monde numérique accélère cette réalité.

C'est un basculement que tous nous pouvons ressentir aujourd'hui, non pas une simple exigence de qualité du service mais un complet changement de paradigme qui conduit peu à peu nos concitoyens à entrer dans une logique consumériste, y compris et surtout en direction des services publics locaux, fondés sur la proximité.

Quel agent territorial n'a pas entendu ces dernières années des phrases du types « je paie des impôts, donc j'ai droit ». La contribution, qui a historiquement été destinée à assurer une certaine égalité entre les citoyens et une redistribution des richesses, devient un prix payé pour un service.

Au même moment cependant, la montée progressive de la fiscalité et surtout de la fiscalité locale et le basculement de la charge du monde de l'entreprise vers le contribuable local vient bouleverser le modèle économique du service public local.

Dire que nous sommes aujourd'hui dans un contexte de raréfaction des finances publiques, de mutation du monde territorial et devenu presque banal. Souligner que le levier fiscal est devenu quasi inutilisable pour les élus locaux tant l'impopularité liée au poids des prélèvements sociaux en France est grand et presque devenue une tautologie.

Depuis 1962 et les premiers exemples de rationalisation des choix budgétaires de l'État fondés sur le *Planning Programming Budget System* américain n'a de cesse de perfectionner les méthodes pour réduire la dépense publique et s'assurer de la bonne allocation des moyens.

Avec la LOLF de 2001 et la création du dispositif de virement asymétrique des crédits comme rempart contre la création de poste de fonctionnaire d'État on a rompu avec la logique des services votés de l'ordonnance de 1959. Le développement de la RGPP a accru la logique de baisse du nombre de fonctionnaires.

S'il s'agissait cependant encore là d'une logique de planification d'un encadrement de la dépense, issue d'une vision encore héritière du monde industriel des 30 glorieuses, la signature du Pacte de stabilité intégrant les collectivités locales a marqué une rupture de méthode. Ces dernières, souvent taxées par les différents rapports de la Cour des Comptes – et dans la même ligne par les Chambres Régionales des Comptes – de voir leurs personnels croître sans pour autant être gage d'efficacité ont été mises à contribution par la baisse des dotations.

Le Projet de Loi de finances 2018 nous laisse augurer un bouleversement plus important encore que jamais avec trois contraintes :

- 1- l'encadrement des dépenses de fonctionnement ;
- 2- l'encadrement de l'endettement ;
- 3- la suppression de la Taxe d'Habitation.

Mais qu'est-ce que ces différents points ont avoir avec notre thème du jour ?

A priori, rien, mais en fait tout. Changement de paradigme pouvais-je dire, car le monde territorial est le monde du service public de proximité. La France a connu une évolution qui l'a amené du laisser-faire, au faire et nous conduit aujourd'hui au faire faire.

Le laisser-faire conduit à la recherche d'une situation exceptionnelle pour qu'une commune puisse prendre en charge une activité économique. C'est ce qu'illustre encore l'arrêt Casanova de 1901. Il faut attendre jusqu'en 1921 et la jurisprudence Société commerciale de l'Ouest africain pour entrer peu à peu dans l'âge du faire et surtout deux guerres mondiales et la période des 30 glorieuses pour venir amplifier le mouvement. Faire devient la norme en régie ou en délégation voilà qui est l'essentiel de l'arbitrage.

L'entrée de certaines activités dans le domaine concurrentiel par la Directive 2006/123/CE DU parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, nous a conduit à nous rapprocher de la conception anglo-saxonne du service public.

Aujourd'hui nous avons vu nombre d'association à but non lucratif entrant dans le champ concurrentiel être mises à mal (par exemple dans le domaine de l'aide à domicile ou dans le domaine de l'hébergement des personnes âgées dépendantes mais aussi de la petite enfance).

Demain, la tendance est à « l'innovation », cette innovation s'entend comme la mise en œuvre de partenariat public privée. Pas très novateur à première vue, seulement voilà : nous dépassons le champ de la maîtrise d'ouvrage public pour entrer dans celui de l'action privée, parfois insidieusement incités à le faire à coup de « *nudges* ».

## II. LE RECOURS AUX « NUDGES » COMME MOYEN DE CONTRAINDRE LES TERRITOIRES A SE CONVERTIR A LA LOGIQUE ENTREPRENEURIALE SOUS COUVERT DE RESPECTER LEUR LIBRE ADMINISTRATION

C'est aussi l'incursion de nouvelles conceptions de la construction des politiques publiques avec l'apparition des sciences du choix, et la mise en avant du *nudge* théorisé par Richard H. THALER et Cass R. Sunstein.

Ce paternalisme libertarien (paternaliste car on indique le bon comportement, libertarien car chacun est libre de refuser le choix qu'on a privilégié pour lui), comme le présente ces auteurs interroge aujourd'hui et pour cela je vous invite à écouter M. SEE dans son intervention, à suivre mais aussi à prendre connaissance de l'article de Chloé Leclère dans le revue idée « Les Nudges : un outil pour les politiques publiques ? ».

Ce qui est frappant c'est de voir que là où ce questionnement apparaît en France en 2017, l'institut pour le gouvernement Britannique a mis cette méthode en avant dès 2010.

*« Influencing peoples behaviour is nothing new to Government, which has often used tools such as legislation, regulation or taxation to achieve desired policy outcomes. But many of the biggest policy challenges we are now facing – such as the increase in people with chronic health conditions – will only be resolved if we are successful in persuading people to change their behaviour, their lifestyles or their existing habits ».*

Ce qui est intéressant dans le croisement entre cette vision de l'influence et le dialogue entre gouvernement et collectivités locales, c'est bien le changement de paradigme qui semble s'amorcer. Le contrat a remplacé la planification, nous voilà peu à peu dans une autre approche ou face au nombre de collectivités, face à la capacité d'adaptation de ces dernières liées à leurs tailles, l'État entre dans une logique d'influence. Ainsi, l'annonce d'un encadrement de la dépense à 1,2 % conduira sans doute à une baisse de la dépense publique locale plus importante qu'une mesure de pression sur la Dotation globale de fonctionnement et cela grâce au double levier d'une contrainte anticipée par les acteurs mais aussi de la volonté d'être dans une norme vertueuse vis-à-vis du citoyen.

Nous quittons cependant peu à peu, la notion à laquelle la France est traditionnellement attachée, celle d'une vision organique du service public par l'opérateur public, pour entrer, semble-t-il, dans un temps où l'essentiel devient le service et non l'opérateur, la fin mais peut-être pas les moyens.

SEM, SPL, SEMOP et autres SPLA sont en développement. Le référé relatif aux insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales de la Cour des Comptes du 15 juin 2017 note la nécessité du renforcement des règles applicables, les EPL n'utilisant pas leur plein potentiel. Face à cette manière alternative de rendre le service public, il est à noter que les six propositions d'encadrement des EPL suggérées par les magistrats financiers ont très vite « nécessairement » renvoyé « à un travail approfondi » qui supposera, de l'aveu même du Premier ministre, de nouvelles mesures législatives.

C'est donc sans doute une autre approche du service public qui est à l'œuvre, fondée sur un recentrage des collectivités, les dernières lois sur la décentralisation créant peu à peu la notion de chef de file.

C'est une autre approche du service local, où l'intervention en régie retourne dans le champ de l'exception laissant la place au monde concurrentiel. Il s'agit là de répondre à l'attente du citoyen consommateur, centré sur le tarif et non sur une fiscalisation. Ce qui potentiellement induit une nouvelle concurrence entre les territoires.

Dans cette perspective, après le rejet de certaines entreprises générant des nuisances de certains territoires – celles-ci n’apportant ni emploi, ni ressource fiscale –, nous pourrions voir naître une nouvelle exclusion avec la recherche de spécialisation de certains territoires dans l’accueil d’habitant ayant la capacité de payer le prix du service public. La suppression de la Taxe d’habitation peut à terme conduire à la génération d’un « client » non solvable du service public, non solvable car aux revenus trop faibles pour payer le service et dans le même temps exonéré de la contribution fiscale. Nous pourrions alors connaître, dans un scénario catastrophe, une amplification des situations d’impasses financières que peuvent connaître aujourd’hui certaines villes du périmètre de la politique de la ville.

Dans ce contexte, un paradoxe est à souligner : dans une étude de février 2017, les Français se disent à 54 % satisfait des services publics locaux. Dans le même temps 74 % envisagent une dégradation dans le futur et un sondage Odoxa pour Les Échos du 19 septembre 2017 nous apprend que 80% d’entre eux sont favorable à la suppression de la Taxe d’habitation.

Ne voyez pas dans cette intervention une quelconque nostalgie ou un jugement, mais d’avantage le constat du praticien s’interrogeant sur l’évolution du service public tout en cherchant une voie à suivre.

Maintenir le dynamisme de territoires où le service est une nécessité pour beaucoup, tout en intégrant l’idée d’une évolution de la demande, des besoins, de la relation aux services, des moyens et des finances et en respectant le choix démocratique des élus locaux et à travers eux les aspirations de nos concitoyens.

Voilà ayant chaussé des bottes de 7 lieux et après des raccourcis dont vous m’excuserez l’emprunt, au vu de la contrainte temporel... ce qui me semble être une incursion du monde anglo-saxon, ou peut-être plus largement de ce que l’on nomme la « mondialisation » dans notre service public local.

Il convient maintenant de prendre plus de hauteur et pour cela je passe maintenant la parole aux autres intervenants.

# LES VALEURS DE LA DETTE PUBLIQUE

Par  
François BONNEVILLE  
Docteur en Droit  
de l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne

Le mouvement de globalisation et de diffusion des fins et moyens de traiter la question des dettes publiques est ancien. Il existe déjà au XVIII<sup>e</sup> siècle des réflexions sur des principes généraux de gestion financière applicables à l'ensemble des États. À cette époque, des physiocrates comme Éleuthère Irénée du Pont de Nemours ou Paul Pierre Le Mercier de La Rivière voyagent aux États-Unis. Le Mercier de La Rivière travaille par exemple en 1767 sur le problème de la mobilité des valeurs mobilières et ses recherches sont saluées par Adam Smith, habituel grand critique des physiocrates. Après les années 1850, David Hume devient une référence sur l'étude des dettes publiques en France. La première traduction de ses écrits est l'œuvre de Melle de La Chaux (1752-1753) et dès cette époque ses écrits, qui s'inspirent de ses voyages, tendent à diffuser des idées globales et détachées des racines culturelles et politiques des États sur le commerce, l'intérêt ou l'emprunt. David Hume effectue deux séjours en France, le premier lorsqu'il est âgé de 23 ans (de 1734 à 1736) et le deuxième en 1763 en qualité de secrétaire de Lord Hertford nommé ambassadeur d'Angleterre à Paris<sup>1</sup>. Il diffuse ses idées et le grand succès qu'il rencontre en France participe à transmettre les caractéristiques de son approche, notamment marquée par la perception qu'un emprunt d'État doit être pensé comme une forme particulière d'emprunt privé. S'il fallait encore insister sur l'importance prise par la globalisation des concepts au XIX<sup>e</sup> siècle, il suffirait de relever les références qui lui sont faites dans les deux dictionnaires d'économie politique rédigés dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle : le « Dictionnaire d'économie politique » de Coquelin et Guillaumin (1853 et 1873) et le « Nouveau dictionnaire d'économie

---

<sup>1</sup> A. DIEMER, « David Hume et les économistes français », *Hermès, Université de Reims*, 2005, p. 1-27.

politique » de Chailley et Say (Léon) qui permettent de diffuser sa pensée sur la monnaie, le crédit ou l'amortissement et les emprunts<sup>2</sup>.

Ainsi, si l'époque contemporaine est marquée par l'idée d'experts internationaux et les travaux des institutions internationales indépendantes, il faut y voir une forme d'héritage d'une idée ancienne qui a pour raison le propre de la rationalité économique : la construction d'un modèle général de gestion détaché de l'histoire culturelle et politique des différents États. Il est alors intéressant de relever que ce qui est nommé le phénomène « d'américanisation du droit » ne correspondrait dans cette hypothèse à rien de plus que la mise en avant d'un certain nombre de valeurs et plus précisément celles défendues par les libéraux. Sauf que les techniques et les sciences sont de plus en plus universelles, pas nécessairement les valeurs. Les techniques et les sciences sont essentiellement concurrentielles, pas les valeurs<sup>3</sup>. Justement, le problème des valeurs véhiculées par le mouvement de globalisation des idées et sa conséquence, la création d'un droit, est aujourd'hui d'autant plus frappant que le système juridictionnel établi par la *Common Law* permet la mise en avant des principes philosophiques qui guident les décisions judiciaires.

À côté, la portée des actions des organisations internationales, dont le Fonds Monétaire International, est significative. Depuis une vingtaine d'années des études imposent une certaine lecture de l'histoire, par exemple un cadre aux défauts d'État<sup>4</sup>. Ces interprétations paraissent légitimes et s'imposent aux décideurs nationaux. Elles deviennent même si contraignantes qu'il importe peu que telle ou telle approche soit historiquement fautive.

## I. LES RÉALITÉS DU PHÉNOMÈNE D'AMÉRICANISATION DU DROIT

Le phénomène dit d'américanisation du droit relève des discours sur le droit, c'est-à-dire que ce n'est pas un problème juridique au sens où aucune norme du système juridique américain (l'expression est critiquée) ne trouve à s'appliquer directement dans d'autres systèmes sans que ceux-ci le prévoient et l'admettent. Ainsi que le relève Bernard Audit, le problème est donc « un phénomène d'influence et non de réception »<sup>5</sup>. Selon le même auteur, il faut « attribuer à cette influence une plus grande considération du droit dans la vie publique » et à de « nouvelles pratiques contractuelles dans la vie économique » portées par la

---

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> O. JOUANJAN, « Droit public et mondialisation », Université d'Hokkaido, Sapporo, Site internet d'Olivier Jouanjan.

<sup>4</sup> C. M. REINHART, K. S. ROGOFF et Miguel A. SAVASTANO, *Debt Intolerance*, National Bureau of Economic Research, 2003.

<sup>5</sup> B. AUDIT, « Introduction », *Archives de philosophie du droit*, 2001, Tome 45, p. 7-11.

Common Law<sup>6</sup>. Si le phénomène d'américanisation du droit semble aujourd'hui être le moteur des transformations du droit, il est mal connu dans son détail. Il apparaît doublement comme une réalité quotidienne, mais aussi comme un mythe. Il est d'abord un mythe, car il est erroné de considérer qu'une influence impose une transformation complète de ce qu'il faut entendre par le « droit ». En effet depuis le XIXe siècle, la plupart des grandes places financières revendiquent une certaine hégémonie et militent pour le respect de leurs systèmes de valeurs ainsi que de leurs normes. La conséquence de ces influences est que les places financières dominantes cherchent à imposer leurs valeurs dans les autres systèmes, notamment par la mise en place de dispositions juridiques qui encadrent les emprunts internationaux. Au XIXe siècle, les emprunts se contractent sur la place de Londres en livres sterling et le taux d'intérêt londonien sert alors de taux de référence pour ces transactions. L'influence du dollar et de la place financière de New York est ici l'héritière d'une pratique ancienne voyant par exemple une correspondance entre les taux d'intérêt dans le monde et ceux des places financières majeures. Il faut ajouter à cela que les investisseurs institutionnels représentent depuis toujours une part importante dans la capitalisation boursière et que les places boursières imposent depuis toujours en creux le respect de certaines pratiques, de certaines normes, ainsi que certaines adaptations structurelles qui dans les faits visent les États eux-mêmes<sup>7</sup>. Les vecteurs d'américanisation du droit sont donc nombreux et ne portent pas que sur les produits financiers.

Si aujourd'hui le droit est directement touché par les pratiques américaines, c'est que les États-Unis concentrent certains des grands centres financiers<sup>8</sup>. Les secteurs concernés sont nombreux et portent sur le gouvernement d'entreprise, les formes d'appel public à l'épargne, le placement privé, le délit d'initié ou encore la gestion de l'information par les normes comptables internationales (qui fait écrire à Michel Prada qu'« on ne peut pas bâtir des normes internationales contre – ou sans – les Américains »<sup>9</sup>). Il faut d'ailleurs relever avec Wallace R. Baker que ce mouvement bénéficie d'un important support intellectuel et matériel, il est porté par de nombreuses études et écrits réalisés par les économistes de la Chicago School (comprenant de nombreux Prix Nobel), par un secteur d'affaires soutenu par des sociétés multinationales d'origine américaine ou encore par des grandes banques anglo-saxonnes<sup>10</sup>. Ainsi, dans la finance où les marchés financiers sont des marchés internationaux et libres, le

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> D. FREEDMAN, « L'américanisation du droit français par la vie économique », *Archives de philosophie du droit*, 2001, Tome 45, p. 207-211.

<sup>8</sup> W. R. BAKER, « L'américanisation du droit par la finance : mythe ou réalité? », *Archives de philosophie du droit*, 2001, Tome 45, p. 199-205.

<sup>9</sup> Cité par D. FREEDMAN, « L'américanisation du droit français par la vie économique », *op. cit.*

<sup>10</sup> W. R. BAKER, « L'américanisation du droit par la finance : mythe ou réalité? », *op. cit.*

droit et le style des contrats américains tendent à devenir la norme internationale<sup>11</sup>.

« L'évidente influence américaine sur le processus de mondialisation »<sup>12</sup> est une conséquence de la libéralisation des échanges sur les marchés financiers portés par le poids économique des États-Unis. Celle-ci est accompagnée dans les faits par « une forte influence culturelle, au sens le plus large du mot »<sup>13</sup>. Toutefois, la « greffe juridique » du système américain sur laquelle s'interroge Alan Watson pose aussi un problème d'importance qui est celui des valeurs qui fondent les différentes dispositions juridiques et leur potentielle universalité<sup>14</sup>.

## II. L'AMÉRICANISATION DU DROIT ET SES APPLICATIONS : LE PROBLÈME DES VALEURS

Le phénomène d'américanisation du droit fait s'affronter les logiques de systèmes juridiques, politiques et économiques différents. Le droit est une somme de règles appliquées à une population et un territoire déterminé, il est donc par construction ancré dans la culture de l'État qui le pratique. La vocation hégémonique du système juridique américain pose alors la question du conflit entre les différentes éthiques au cœur des systèmes juridiques. Sur ce point, il est intéressant de relever l'exemple utilisé par le juriste Herbert Hart dans son ouvrage « *The Concept of Law* » qui écrit justement à propos de Londres pour insister sur la conventionalité des nominations<sup>15</sup>. Dans son exemple, il souligne que l'expression « la ville de Londres » ne vise que rarement l'espace physique, mais une « autre chose » qui, elle-même, dépend d'un « contexte verbal »<sup>16</sup>. Ici, les expressions « places financières de Londres » ou « places financières de New York » permettent de souligner que ce n'est jamais les espaces physiques qui sont visés, que c'est même rarement le droit lui-même, mais bien les valeurs. D'ailleurs, les États-Unis ont longtemps défendu d'autres valeurs. Durant une longue période, les États-Unis ne se différencient pas des autres États et considèrent l'intérêt supérieur de la Nation face aux créanciers. Cette règle est portée par la jurisprudence *The Exchange v. McFaddon* de 1812 qui pose le principe selon lequel les juridictions états-uniennes refusent de trancher les

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> B. AUDIT, « Introduction », *op. cit.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> A. WATSON, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law* (2e éd. 1993), cité par E. A. FARNWORTH, « L'américanisation du droit - Mythes ou réalité », *Archives de philosophie du droit*, 2001, Tome 45, p. 21-28.

<sup>15</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford; New York, Clarendon Press, 1997. 215.

<sup>16</sup> B. RUSSELL, *Signification et vérité*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », n° 229, 2013, 478 p., p. 46.

litiges opposant les États débiteurs à leurs créanciers privés<sup>17</sup>. Cette jurisprudence prospère durant plus d'un siècle et malgré les réticences, elle est confirmée dans le Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 qui prévoit qu'à défaut de disposition expresse quant à la nature des activités d'emprunt des États les biens des États jouissent d'une protection particulière<sup>18</sup>. Le revirement jurisprudentiel des États-Unis, porté par l'administration américaine ainsi que les milieux financiers, est récent et ne date que des années 1980<sup>19</sup>.

Aujourd'hui, les États-Unis défendent une certaine représentation des concepts et appuient leur argumentation en redéfinissant certains d'entre eux comme celui de la « souveraineté »<sup>20</sup>. Dans ses travaux Caroline Lequesne-Roth relève par exemple que les juges du contrat de Londres et de New York consacrent « la force obligatoire des contrats d'emprunt d'État, lesquels priment les considérations d'intérêt général qui jadis fondaient le défaut souverain »<sup>21</sup>. Les valeurs véhiculées par les normes sont décisives dans la construction des raisonnements d'interprétation juridique et le succès du droit de New York témoigne de la victoire de la conception des États-Unis face aux autres. C'est une hypothèse qui se retrouve par exemple de manière claire dans leur doctrine sur les actes de gouvernement quand les États-Unis ont considéré que les décrets pris par le Costa-Rica étaient « arbitraires et aux antipodes de la démocratie américaine » afin de défendre l'obligation de paiement de l'État<sup>22</sup>. L'ambition hégémonique du système juridique des États-Unis se remarque encore à la lecture des positions des juges validant clairement les actions des « fonds vautours » dont le mode opératoire (rachat, refus des plans de restructuration et recours judiciaire) est jugé illégal et illégitime par d'autres États, dont la France.

L'américanisation du droit correspond à la mise en avant d'un certain nombre de valeurs qui ignorent la spécificité de l'État débiteur. Non seulement celle-ci n'est plus prise en considération, mais plus encore les interprétations faisant foi sur les places financières de Londres et de New York commandent les attitudes.

---

<sup>17</sup> C. LEQUESNE-ROTH, « L'évolution du régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens » Thèse de doctorat en droit, Université Libre de Bruxelles & Université de Toulon, Bruxelles, 2015., p. 326 et 327.

<sup>18</sup> Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

(Added Pub. L. 94-583, § 4(a), Oct. 21, 1976, 90 Stat. 2892.) [Disponible en ligne.](#)

<sup>19</sup> C. LEQUESNE-ROTH, *L'évolution du régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens*, op. cit., p. 326 et 327.

<sup>20</sup> É. ZOLLER, « L'américanisation du droit constitutionnel : Préjugés et ignorances », *Archives de philosophie du droit*, 2001, Tome 45, p. 77-87.

<sup>21</sup> C. LEQUESNE-ROTH, *L'évolution du régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens*, op. cit., p. 453.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 333.

### III. ENTRE CONSENTEMENT POLITIQUE ET VALIDITÉ JURIDIQUE

Marie-Anne Frison-Roche propose une distinction entre le consentement et la « volonté » qui peut être utilisée pour mettre en lumière certaines difficultés posées par les contrats d'emprunts. Pour l'auteur, « par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement » (...) « par la volonté, je domine ; par le consentement je me sou mets. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement. On comprend alors que le consentement puisse être signe de faiblesse, de vassalité, là où la volonté est signe de puissance et d'autonomie »<sup>23</sup>.

En matière d'emprunts d'État, il semble justement que les différentes clauses qui se retrouvent dans les contrats correspondent à cette image tant certaines semblent au désavantage du débiteur. C'est par exemple le cas des clauses attributives de juridiction, des clauses d'action collective<sup>24</sup>, des clauses « pari passu » ou encore des clauses de sûreté négative. Ces clauses sont issues de la pratique et la plus grande majorité d'entre elles sont le fait de grands cabinets d'avocats américains, comme c'est le cas pour les clauses d'action collective (CAC) dans les contrats régis par le droit new-yorkais ou le régime du « défaut d'État » (attribué au cabinet Cleary Gottlieb)<sup>25</sup>. Ce rôle décisif pousse même la presse à reconnaître certains des praticiens comme des « philosophes-rois des dettes souveraines »<sup>26</sup>.

Les clauses attributives de juridiction sont des clauses par lesquelles les parties désignent la ou les juridiction(s) compétente(s) en cas de futur litige. Elles peuvent déterminer la compétence exclusive des juridictions de l'État contractant, la compétence de juridiction(s) nationale(s) étrangère(s) ou encore avancer qu'aucune juridiction n'est compétente en cas de litige. La compétence

---

<sup>23</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 573 et s.

<sup>24</sup> Les clauses d'action collective ont d'abord été introduites dans les titres soumis à la loi de New York « comme un substitut fonctionnel flexible à une procédure d'insolvabilité souveraine introuvable. Pour une émission donnée, elles établissent par avance le consentement de chaque créancier à se soumettre à une restructuration acceptée par une majorité qualifiée », voir H. M. WATT, « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux du droit international privé des contrats », *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 331.

<sup>25</sup> C. LEQUESNE-ROTH, *L'évolution du régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens*, op. cit., p. 40

<sup>26</sup> « Mitu Gulati, a charismatic law professor at Duke, and Lee C. Buchheit, the philosopher king of sovereign debt lawyers and a lead adviser to Greece on the deal, see themselves as sovereign debt taboo-busters » (traduction libre), T. JR LANDON, « An Architect of Greece's Debt Deal Wants More to Come », *The New York Times*, 6 mars 2012.

juridictionnelle est, ainsi que le relève Caroline Lequesne-Roth, la « manifestation la plus aboutie de souveraineté étatique »<sup>27</sup>. C'est elle qui permet au juge d'appliquer le droit élaboré par et pour la structure concernée par le litige. Pour un État, renoncer à un tel privilège correspond à abandonner la chance de pouvoir (parfois arbitrairement) décider du sort de l'affaire. Les créanciers, bien au fait de ces pratiques, imposent alors ces clauses afin de s'assurer un jugement impartial. S'ils sont suffisamment influents, ils peuvent même désigner la compétence d'une place financière favorable à leurs actions (là encore l'exemple des « fonds vautours » est révélateur, car la pratique est admise sur certaines places financières et refusée sur d'autres). Dans son étude sur les clauses attributives de juridiction dans les contrats européens, Caroline Lequesne-Roth observe que dans l'immense majorité des contrats ces clauses écartent la compétence des juridictions de l'État débiteur tout comme il permet de souligner l'emprise des juridictions des places financières de New York et de Londres.

Dans la littérature, il est classiquement considéré que le recours à l'arbitrage constitue « une voie de recours plus efficiente »<sup>28</sup> que l'appel au juge qui présenterait lui des risques pour les prêteurs (principalement celui de se voir soumis au droit de l'État emprunteur). Le recours à l'arbitrage permettrait alors d'échapper à la supposée influence sur la solution du litige et serait intéressant pour les créanciers qui voudraient se prémunir de l'arbitraire et du politique. Pourtant, l'analyse des clauses des contrats d'emprunts permet d'observer que le recours à l'arbitrage semble paradoxalement peu utilisé. Cette donnée invite alors à étudier non seulement le sens du rejet des clauses compromissaires, mais aussi la pratique de l'arbitrage en elle-même telle qu'elle est par exemple effectuée par le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le futur recours à l'arbitrage est souvent envisagé au moment où le contrat est signé car il est considéré qu'après l'emprunt, il est plus difficile à faire admettre. C'est le sens des clauses dites « compromissaires ». En matière de dette publique, le rejet des clauses compromissaires est significatif, car « le principe phare de l'arbitrage est la neutralité » dont l'ambition affichée est de « dépolitiser un litige »<sup>29</sup>. Mais justement, l'étude des affaires portant sur les dettes publiques révèle qu'au contraire le but des démarches n'est jamais de dépolitiser les litiges, il s'agit au contraire de les politiser au maximum en s'appuyant sur certains principes juridiques, politiques et économiques défendus

---

<sup>27</sup> C. LEQUESNE-ROTH, *L'évolution du régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens*, op. cit., p. 255.

<sup>28</sup> GCAB Releases Legal Memorandum Summarizing Recent Argentine Legislation and Bondholder Remedies [Disponible en ligne](#).

<sup>29</sup> E. Gaillard, cité par I. COUET, *Emmanuel Gaillard: « La Russie veut faire croire que ce sont les autres Etats qui violent le droit »*, <http://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/0211012715009-e-gaillard-la-russie-veut-faire-croire-que-ce-sont-les-autres-etats-qui-violent-le-droit-2005165.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 14 juin 2016.

par certains systèmes. À cet égard, les juridictions compétentes des places financières de New York ou Londres sont prisées car il est considéré qu'elles rendent des décisions favorables aux prêteurs. C'est une situation de mise à « contribution des systèmes juridiques et judiciaires du monde »<sup>30</sup>. Un accès à ces juridictions offrirait de meilleures chances d'où le souhait que le problème soit traité par les juges new-yorkais ou londoniens. À cela, il faut ajouter que le contentieux de la dette publique se caractérise par l'apparition d'acteurs spécialisés dans la poursuite et dont la stratégie est de racheter des titres à bas prix dans le but d'extraire un profit spéculatif<sup>31</sup>. Dans ces hypothèses, le sens de la jurisprudence anglaise et new-yorkaise représente une sécurité juridique et non un risque. Le choix de s'écarter de l'arbitrage pour être soumis à ces juridictions est donc au cœur de stratégies judiciaires tendant à minimiser le risque de perdre. À l'inverse, l'arbitrage présenterait un risque, car les arbitres peuvent être séduits par des arguments d'équité, l'opinion publique ou autre. La clause compromissoire représenterait la difficulté de conférer par construction de larges pouvoirs aux arbitres ou à l'institution désignés sans être certains d'obtenir gain de cause.

#### IV. LA PLACE PRÉPONDÉRANTE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

La place prépondérante accordée aujourd'hui aux organisations internationales en matière de gestion de dettes publiques est la double conséquence de l'interdiction de recourir à la guerre pour le recouvrement de dettes posée par la Convention de La Haye de 1907 ainsi que le développement d'un Marché financier mondial encadré par les États les plus puissants. Dans ce contexte, les organisations internationales sont présentées comme indépendantes et leurs interventions apparaissent légitimes tant qu'elles ne sont pas influencées par certains dictats. Toutefois, il faut relever que ce rôle de gestion/surveillance des dettes publiques ne leur a pas été attribué au moment de leur création. Leurs missions actuelles sont dans les faits largement une réponse aux crises financières qui ont jalonné le XXe siècle. Aujourd'hui, ces interventions sont très poussées et même contestées. Les organisations internationales sont même parfois critiquées pour leur trop grande sensibilité aux pressions politiques exercées par ses membres les plus influents. Celles-ci sont manifestes quand en 1991 la Pologne et l'Égypte sont récompensées par des réductions de dette pour

---

<sup>30</sup> H. M. WATT, « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux du droit international privé des contrats », *op. cit.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

des raisons politiques<sup>32</sup>. Une autre illustration est celle du traitement accordé à l'Irak en décembre 2004 (30 milliards de dollars annulés sur les 37 dus)<sup>33</sup>. Dans leur ensemble ces influences sont souvent difficiles à mesurer. Elles apparaissent clairement quand le FMI avance que certains États « ne satisfont pas encore les conditions « normales » » et l'illustre par son utilisation du Fonds fiduciaire, puis au moyen de la facilité d'ajustement structurel (FAS) et de la facilité d'ajustement structurel renforcée (FASR) pour bénéficier de son aide financière<sup>34</sup>. Pour les saisir dans toute leur amplitude, il convient plutôt de se rapprocher des études sur les rapports politiques comme la pyramide d'Exter et les autres recherches permettant de comprendre le double sens des rapports de force, économique, mais aussi politique (par exemple les pressions sur le gouvernement de Lima au Pérou pour qu'il « respecte les droits de l'homme » et ouvre ses prisons aux visites du CICR). Ces influences sont dénoncées par certains leaders politiques qui peuvent même chercher à créer leurs propres institutions ou à faire évoluer celles en place. Fidel Castro a prononcé plusieurs discours sur cette question, dont un à la fin de la rencontre sur la Dette extérieure de l'Amérique Latine et des Caraïbes à La Havane le 3 août 1985<sup>35</sup>. Dans ce discours, Fidel Castro remet en cause les politiques menées par le FMI et souligne que « tout au long de ces années, Cuba a exposé ces problèmes dans les organismes internationaux »<sup>36</sup>. Le SELA (the Latin American and Caribbean Economic System ) a par exemple été créé en réaction aux organisations internationales considérées comme le bras armé des États-Unis<sup>37</sup>. Plus généralement, la dimension organique de la dette publique en fait un sujet présent dans les travaux de toutes les organisations internationales quand bien même leur but pourrait ne pas sembler immédiatement lié (par exemple l'OPEP<sup>38</sup>).

\* \*  
\*

Les différentes dispositions juridiques sur la dette publique sont aujourd'hui intégrées dans un modèle global permettant aux organisations supranationales et

---

<sup>32</sup> R. LONGET, « II. Négociations internationales », *Annuaire suisse de politique de développement*, 1994, N°13, p. 13-94.

<sup>33</sup> M. RAFFINOT, *La dette des tiers mondes*, Paris, La Découverte, 2008., p. 68.

<sup>34</sup> <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/esaff.htm> La FASR a été remplacée en novembre 1999 par la facilité pour la réduction de la pauvreté et pour la croissance (FRPC). <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/prgff.htm>.

<sup>35</sup> Ce discours, et de nombreux autres, sont disponibles sur le site <http://www.cadtm.org/Francais>

<sup>36</sup> <http://www.cadtm.org/Fidel-Castro-La-dette-ne-doit-pas>.

<sup>37</sup> <http://www.sela.org/>.

Pour des exemples de travaux du SELA : <http://www.sela.org/es/buscar/?generalQuery=public+debt>

<sup>38</sup> Pour des travaux de l'OPEP (organisation des pays exportateurs de pétrole) sur la dette publique, voir [http://www.opec.org/opec\\_web/en/1686.htm](http://www.opec.org/opec_web/en/1686.htm).

à certains États de pouvoir, sinon déterminer, au moins organiser le système du crédit public mondial. Plus encore, la période récente semble se caractériser par la construction d'un modèle universel de pensées et de valeurs. La méthode juridique selon laquelle chaque situation est circonscrite dans un système imposant la bonne réponse en droit est alors remise en cause par l'apparition de Règles internationales de la dette publique, toutes issues des places financières de New York et de Londres. Les différentes spécificités des systèmes juridiques nationaux ne sont ici plus que des exceptions face à cette logique de globalisation.

# LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES : UN PRODUIT D'IMPORTATION ?

Par  
Jacques CHEVALLIER  
Professeur émérite  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)  
CERSA-CNRS

Les « autorités administratives indépendantes » (AAI) constituent à première vue une excellente illustration du mouvement d'américanisation du droit français depuis longtemps analysé<sup>1</sup>, qui continue à s'étendre en dehors même de son terrain d'élection que constitue le droit des affaires<sup>2</sup>, dans la voie tracée par la doctrine *Law and Economics* : dans bien des domaines, tels celui de la justice, les systèmes juridique sont désormais mis en concurrence (*benchmarking*) dans ce qui est devenu un « marché mondial des normes » et le modèle juridique anglo-saxon, plus précisément américain, est souvent considéré comme « plus performant » que le système français ; le droit public n'échappe pas lui-même, sous l'emprise de la diffusion de la vulgate néo-libérale<sup>3</sup>, à ce mouvement qui met en cause certains de ses équilibres fondamentaux. La mutation que connaît le droit public français à l'heure de la mondialisation se traduit par l'importation d'une série de techniques et de principes en vigueur Outre-Atlantique.

Les AAI apparaissent comme un exemple emblématique de ce phénomène : à première vue incompatibles avec les principes qui commandaient en France la construction de l'État et de l'administration, elles évoquent en effet singulièrement la formule des *Independent Regulatory Agencies (IRA)* qui a été depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle l'un des instruments privilégiés de l'interventionnisme public aux États-Unis. Le rapprochement a été fait dès l'apparition de la notion : dès 1986, on soulignait que, n'entrant dans aucune des

---

<sup>1</sup> Voir « L'américanisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, volume 45, 2001.

<sup>2</sup> Notamment sous l'influence des analyses comparatives figurant depuis 2004 dans les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale

<sup>3</sup> F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin, 2017.

catégories existantes du droit public, ces autorités présentaient « beaucoup de traits communs avec les grandes Agences fédérales américaines, souvent très anciennes, dotées de pouvoirs de régulation sectorielle », aboutissant à la « transposition en France d'un modèle d'intervention publique qui était traditionnellement jugé incompatible avec certaines traditions nationales »<sup>4</sup> ; pour la plupart des auteurs la filiation des AAI avec les *IRA* américaines ne faisait guère de doute<sup>5</sup>. Néanmoins, cette filiation ne serait que partielle : davantage que le modèle américain, il conviendrait d'ailleurs de parler du « modèle anglo-saxon », une formule d'inspiration comparable étant apparue en Grande-Bretagne dès le XIX<sup>e</sup> siècle avant de proliférer au cours du XX<sup>e</sup> (*Non departmental Public Bodies (NDPB)* ou *Quangos (Quasi autonomous non governmental Organizations)*)<sup>6</sup> ; et ce modèle lui-même ne saurait être considéré comme ayant « servi de source exclusive ou même principale d'inspiration pour le modèle français des AAI »<sup>7</sup>, dans la mesure où il se combinerait avec d'autres influences. Une perspective plus générale serait d'autant plus nécessaire qu'expression d'un mimétisme qui, sous la pression de la mondialisation, pousse à un transfert toujours plus important de technologies institutionnelles<sup>8</sup>, la formule des autorités indépendantes, qui paraissait jusqu'alors être l'apanage des pays anglo-saxons, a connu un spectaculaire développement dans tous les pays à partir des années 1980 : il n'y aurait donc pas un seul modèle de référence mais plusieurs conceptions des autorités indépendantes, déclinées selon des configurations variées ; un « modèle européen d'AAI », né tardivement en relation avec la crise de l'État providence et construit en fonction des traditions propres à ces pays, devrait être ainsi distingué du modèle américain<sup>9</sup>.

La relation entre le modèle français des AAI et le modèle américain des *IRA* ne saurait être envisagée simplement en termes d'emprunt, d'importation et *a fortiori* d'application mécanique ; l'idée d'américanisation du droit trouve ici, comme dans les autres domaines, ses limites. L'influence de modèles étrangers

<sup>4</sup> J. Chevallier, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986, n° 3254, p. 35.

<sup>5</sup> Dans leur étude pionnière, F. Gazier et Y. Cannac (« Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, n° 35, 1983-1984, pp. 13-78) n'évoquaient cependant pas cette influence (voir aussi P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle ? », *AJDA*, 1983, p. 270) ; le rapport du Conseil d'État de 2001 (*EDCE*, n° 52), près de vingt ans plus tard ne l'évoque que brièvement (p. 270, concernant la COB).

<sup>6</sup> Voir J. Bell, « L'expérience britannique en matière d'AAI », in *Rapport du Conseil d'État 2001* précité, p. 461.

<sup>7</sup> M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Coll. Clefs, 1991, p. 20.

<sup>8</sup> Y. Mény (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, L'Harmattan, 1993.

<sup>9</sup> En ce sens, J-L. Autin, « Vers un modèle européen d'AAI » in C. Grémion, R. Fraisse (dir.), *Le service public en recherche : quelle modernisation ?*, Documentation française, 1996, p. 363 et J-M. Pontier, Annexe au rapport P. Gélard, « Les AAI : évaluation d'un objet juridique non identifié », *Ass. Nat.* n° 3166-*Sénat*, n° 404, 15 juin 2006.

s'exerce toujours sous couvert de processus de transposition et d'adaptation qui en modifient la portée et la signification. La similitude apparente des institutions ne doit pas faire illusion : le mimétisme est souvent purement formel et recouvre des usages et des pratiques foncièrement différents ; la réappropriation se double d'une réinvention qui aboutit à des constructions originales. Le modèle américain des *IRA* est « né de manière pragmatique dans un contexte politique et administratif très différent »<sup>10</sup> de celui qui a présidé en France à l'émergence de la formule des AAI : apparue en 1978 avec la loi Informatique et libertés, celle-ci s'est diffusée au prix d'une certaine improvisation<sup>11</sup> et sans qu'une réflexion approfondie ait été menée sur ses implications juridiques, et notamment sur sa compatibilité avec le système de l'État de droit<sup>12</sup> ; néanmoins, si elles ne constituent pas un simple produit d'importation, les AAI n'en révèlent pas moins la pénétration dans le droit public français d'une logique qui lui était jusqu'alors étrangère.

Après avoir rappelé les traits essentiels du modèle américain de régulation indépendante, qui semblaient exclure toute possibilité de transposition dans le contexte français (I), on montrera que l'émergence des AAI a témoigné d'un processus d'acclimatation de ce modèle (II), que la dynamique d'évolution a contribué sur certains points à renforcer (III).

## I. LE MODÈLE AMÉRICAIN DES AGENCES INDÉPENDANTES

Le modèle américain de régulation indépendante a pendant longtemps été considéré comme doté d'une irréductible spécificité, en étant lié aux luttes de pouvoir entre le Président et le Congrès : à travers lui, il s'est en effet agi pour le Congrès de faire échapper, dans une série de secteurs, l'intervention publique à l'autorité du Président ; instituées par le Congrès, qui fixe au cas par cas leurs compétences, pouvoirs et modes d'organisation, les *IRA* vont ainsi, à la différence des « agences exécutives », être dotées d'un statut d'indépendance par rapport à l'Exécutif.

### A. INDEPENDANCE

Inaugurée en 1889, via le statut d'autonomie conféré par le Congrès à l'« *Interstate Commerce Commission* » (*ICC*) qui avait été créée en 1887 au sein

---

<sup>10</sup> M. Gentot, *op. cit.*, p. 24.

<sup>11</sup> Le Conseil d'État évoque dans son rapport de 2001 « le hasard » qui serait « la caractérisation dominante du mouvement de création des AAI » (p. 267).

<sup>12</sup> J. Chevallier, « Autorités administratives indépendantes et État de droit », *Civitas Europa*, n° 37, décembre 2016, p. 143.

du Département de l'Intérieur, la formule connaîtra au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup> puis dans les années Trente<sup>14</sup> un important développement, avant sa prolifération dans les domaines les plus divers. Si leur nombre ne saurait être évalué de manière précise<sup>15</sup>, les auteurs s'accordent en général sur certains critères : la structure collégiale de leur organe de direction (de cinq à dix membres), les conditions de désignation des membres – les propositions de nomination faites par la Président devant être avalisées par le Sénat –, le caractère pluraliste et la logique bipartisanne qui président à leur composition, la nomination pour une durée fixe et l'échelonnement dans le temps des mandats, surtout l'absence de pouvoir de révocation discrétionnaire du Président.

Ce dernier aspect constitue le point essentiel, dans la mesure où c'est la condition pour que les *IRA* soient soustraites à l'influence présidentielle. Le pas a été franchi en 1935 par la Cour suprême, non sans une certaine ambiguïté : alors que l'arrêt *Myers v/ US* de 1926 pouvait laisser penser que le pouvoir de révocation du Président s'étendait aussi aux agences indépendantes, l'arrêt *Humphrey's Executor v/US*, annulant la décision de Franklin Roosevelt de mettre fin au mandat d'un membre de la *FTC*, a établi un cran d'arrêt par rapport au pouvoir présidentiel ; la décision est, en l'espèce, fondée sur le fait qu'exerçant des fonctions « quasi-législatives » et « quasi-juridictionnelles », la *FTC* n'a « aucune place dans la branche exécutive », ce que confirmera l'arrêt *Wiener* de 1958<sup>16</sup>. Le Président n'est sans doute pas dépourvu de tout moyen d'action sur les *IRA* : non seulement c'est à lui qu'incombe la nomination des membres, le Congrès ne pouvant mettre en cause cette prérogative (*Buckley v/Valéo*, 1976), mais encore il a le pouvoir de les révoquer en cas de « cause » légitime (inefficacité, négligence dans l'exercice des fonctions, malversation, malversations) ; et il dispose d'un pouvoir de contrôle sur leur gestion et de supervision de leur activité, que la politique de déréglementation a contribué à renforcer<sup>17</sup>. Tous ces éléments conduisent à penser que les *IRA*, en tant qu'autorités administratives relèvent bien de la sphère exécutive, au moins en ce qui concerne leur gestion<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> *Federal Reserve System* en 1913, *Federal Trade Commission* en 1914.

<sup>14</sup> *Federal Communications Commission (FCC)* en 1934 (voir sur l'évolution de la *FCC*, D. Custos, *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999), *Federal Power Commission* en 1935, *Federal Maritime Commission* en 1936, *Civil Aeronautique Board* en 1936...

<sup>15</sup> Elles seraient au nombre d'une cinquantaine.

<sup>16</sup> La Cour suprême décide qu'un membre de la *War Claim Commission*, « organe judiciaire » ne pouvait être révoqué par le Président que « *for Cause* ».

<sup>17</sup> L'idée va s'imposer à la fin des années 1970 que le maintien et l'édiction de toute réglementation devaient être subordonnées à une évaluation préalable de leur impact, supervisé par l'*Office of Management and Budget (OMB)* de la Présidence : institué par le *Regulatory Flexibility Act* de 1980 (modifié en 1996), le dispositif sera ultérieurement complété (*Executive Orders* d'octobre 1993 et de janvier 2011).

<sup>18</sup> E. Zoller, « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis, *RDJ*, 2014, n° 2, p. 379.

Cette relation particulière à la Présidence trouve sa source dans le lien constitutif qui unit les *IRA* au Congrès : c'est en effet le Congrès qui définit leur mission en leur déléguant une part de son pouvoir législatif — délégation que la Cour suprême a admis sous réserve de « standards législatifs » d'orientation puis d'« intelligibilité » (*Mahler v/Eby*, 1924) ; la relation de l'agence indépendante au Congrès est dès lors « celle d'un agent à son principal »<sup>19</sup>. Le poids du Congrès se manifeste à travers l'attribution des moyens financiers ainsi que par l'existence d'une batterie de moyens de contrôle : rapports périodiques exigés des agences, enquêtes conduites par les commissions du Congrès, audition des responsables... Le Congrès s'est efforcé de renforcer son droit de regard : si la pratique du « veto législatif », par laquelle il se donnait le pouvoir de revenir sur les règlements qu'elles édictent a été déclaré inconstitutionnel (*Chadha*, 1983), la procédure dite *Congressional Review of Agency Rulemaking* mise en place en 1996 s'inspire du même objectif.

Le statut des *IRA* est donc ambivalent, caractérisé par une relation duale, au Président et au Congrès : « c'est devant le pouvoir législatif que les agences indépendantes doivent justifier de leurs politiques et devant le Président qu'elles doivent répondre de leur gestion »<sup>20</sup>. Leur indépendance doit donc être évaluée à sa juste mesure : elle n'implique nullement l'absence de tout contrôle politique mais passe par un système complexe d'influences, indissociable de la version américaine de la séparation des pouvoirs.

## B. REGULATION

La fonction de régulation dévolue aux *IRA* constitue l'autre marque de leur spécificité. Par *Regulation*, on entendra aux États-Unis les interventions publiques visant à assurer en tout premier lieu le bon fonctionnement de l'économie de marché, en corrigeant le jeu des intérêts privés : la « régulation » ainsi conçue suppose le recours à une panoplie d'instruments, juridiques et non juridiques<sup>21</sup> ; elle passe par la réglementation (*rule-making*), la surveillance (*monitoring*), l'allocation des droits (*adjudication*), le règlement des litiges (*dispute resolution*). L'exercice de cette fonction par les agences implique dès lors la dévolution d'un ensemble de pouvoirs, dont la densité varie selon les cas : pouvoir de réglementation, de nature « quasi-législative », impliquant le respect des garanties procédurales que l'*Administrative Procedure Act (APA)* de 1946 va

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 391.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 397.

<sup>21</sup> Pour B.M. Mitnick (*The Political Economy of Regulation*, New-York-Colombia 1980) la régulation est « intervention intentionnelle aux moyens de règles d'une autorité extérieure pour restreindre l'espace de choix d'agents privés ».

contribuer à fixer<sup>22</sup> ; pouvoir de veiller à l'application de ces règles, en prenant les décisions ponctuelles consécutives ; pouvoir de trancher les litiges, fonction de nature « quasi-juridictionnelle » donné à certaines d'entre elles, exercé alors par des *Administrative Law Judges*, juges administratifs spécialisés : pouvoir d'enquête, auquel certaines prérogatives de contrainte confèrent une particulière efficacité (obligation de communication de documents, incitation à comparaître, dépositions de témoins, investigations sur place...). Les *IRA* cumulent ainsi, mais cela ne leur est par propre, un ensemble de pouvoirs dont l'exercice est cependant garanti par l'application de règles procédurales (*due process*) et par l'existence d'un contrôle juridictionnel (*judicial review*)<sup>23</sup>.

Le modèle ainsi construit n'est pas exempt de controverses. Sur le plan théorique, sa compatibilité avec le principe de séparation des pouvoirs a été mise en doute : portant atteinte à la prérogative reconnue par la Constitution de veiller à l'exécution des lois, il mettrait dans les mêmes mains des compétences qui doivent être normalement dissociées ; la thèse dite « fonctionnelle » de la séparation des pouvoirs mise en avant par certains auteurs, tel Peter Strauss<sup>24</sup>, n'emportera pas la conviction. Sur un plan pratique, l'indépendance affirmée est souvent jugée plus formelle que réelle, en raison des luttes d'influence entre les pouvoirs constitutionnels et des risques de « capture » par les groupes d'intérêt. Dans tous les cas, ce modèle paraissait être indissociable de la conception du rôle de l'État (la régulation) et du régime politique (l'équilibre des pouvoirs) prévalant aux États-Unis ; hors de ce contexte il était censé perdre toute pertinence.

Les principes traditionnels sur lesquels repose en France la construction de l'État, du politique et de l'administration semblaient ainsi exclure radicalement toute possibilité de transposition. L'administration a été conçue en France, de la Constitution de 1791 à celle de 1958<sup>25</sup>, comme strictement subordonnée au pouvoir exécutif et aménagée selon une logique unitaire : si celle-ci n'a sans doute pas interdit la mise en place de structures diversifiées, qui ont proliféré au fur et à mesure de l'extension des missions de l'État, l'unité était garantie par l'existence de liens de type organique – relation de subordination (hiérarchie), dispositifs de contrôle (tutelle) – donnant de l'administration une image d'ordre et de cohérence ; l'idée d'autorités administratives dégagées de toute soumission à l'égard de l'Exécutif et constituant des entités séparées du reste de l'appareil

---

<sup>22</sup> L'*APA* aurait eu pour effet d' « obliger les agences à fonctionner de manière démocratique dans l'élaboration des règlements qu'elles prennent et dans l'application qu'elles en font » (E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, n° 4, 2004, p. 757).

<sup>23</sup> M. H. Davis, « L'expérience américaine des *Independent Regulatory Commissions* », in C-A. Colliard, G. Timsit (dir.), *Les autres administratives indépendantes*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1988, p. 231.

<sup>24</sup> *Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989.

<sup>25</sup> L'article 20 de celle-ci selon lequel « Le gouvernement dispose de l'administration » formule le principe avec une force toute particulière

administratif ne pouvait qu'apparaître incompatible avec cette construction. De même le principe de séparation des pouvoirs était censé interdire qu'ils soient réunis entre les mains des mêmes organes, au risque de saper les fondations même de la démocratie et de l'État de droit. Le système des agences indépendantes était dès lors considéré comme intransposable en France.

Un basculement s'est cependant produit avec l'apparition des AAI.

## II. LE PROCESSUS D'ACCLIMATATION

Nées dans un certain désordre, en vue de répondre à des problèmes conjoncturels, les AAI vont faire l'objet d'un travail de conceptualisation et de labellisation, visant à dégager un ensemble de traits communs. Si le système américain des agences est évoqué, c'est à titre d'exemple étranger, l'ambition étant de construire un modèle spécifique, adapté aux traditions juridiques nationales : néanmoins, le modèle ainsi formalisé emprunte bel et bien ses éléments essentiels au modèle américain ; et cette transposition est riche d'implications, en témoignant d'une inflexion en profondeur de la conception française de l'État.

### A. GENESE

En dépit de son incompatibilité apparente avec les fondations du droit public français, le modèle américain des agences avait exercé une influence dans le domaine économique, comme en témoigne la création en 1967 de la « Commission des opérations de bourse » (COB). Si l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui la crée se borne à préciser sa composition et ses attributions, le décret du 3 janvier 1968 indique en effet qu'il s'agit d'une « institution spécialisée de caractère public dont les frais de fonctionnement sont pris en charge par l'État ». Chargée de contribuer au développement du marché financier, tout en surveillant son fonctionnement afin d'améliorer la transparence des transactions et l'égalité des opérateurs, la COB est un service administratif agissant au nom de l'État ; mais elle n'en dispose pas moins de structures singulières<sup>26</sup> ainsi que d'une large autonomie dans l'exercice de ses missions<sup>27</sup>. Détenant un pouvoir propre de réglementation, la COB préférera recourir à des « recommandations », relevant d'une « magistrature d'influence »<sup>28</sup>. La COB ne

---

<sup>26</sup> La politique de la Commission est définie par un collège de cinq personnalités nommées pour une durée fixe.

<sup>27</sup> Si un commissaire du Gouvernement assiste aux séances du collège, il peut seulement provoquer une seconde délibération et approbation ministérielle n'est requise que pour les décisions à caractère réglementaire.

<sup>28</sup> J. Donnedieu de Vabres, « La COB, une administration de mission », *Revue administrative*, n° 195, 1980, p. 237 ; M. Guillaume-Hofnung, « Réflexion sur la nature juridique de la COB », *RDP*, 1982, n° 5, p. 1343.

relève ainsi d'aucune des catégories administratives classiques : « autorité administrative chargée d'une police économique spéciale, la COB est un service non personnalisé de l'État placé sous la tutelle du ministre de l'Économie mais qui, d'un point de vue fonctionnel, jouit d'une indépendance quasi totale »<sup>29</sup>. Or ces traits évoquent le modèle américain de la « *Securities and Exchange Commission* » (*SEC*), dont les auteurs de la réforme se sont très clairement inspirés, en les adaptant au contexte français. L'évolution sera plus lente en matière de concurrence : si elle a été rangée par le Conseil d'État en 1984 dans la catégorie des AAI et qualifiée comme telle par la loi du 30 décembre 1985, la Commission de la concurrence créée en 1977, présente bien certains particularismes structurels mais ne dispose pas de pouvoir propre de décision<sup>30</sup> ; il faudra attendre l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 pour que soient transférés au nouveau Conseil de la concurrence les pouvoirs de sanction et d'injonction précédemment détenus par le ministre.

La création par la loi du 6 janvier 1978 de la « Commission nationale Informatique et libertés » (CNIL), explicitement qualifiée d'AAI, constituera un tournant décisif : non seulement la formule est pour la première fois utilisée, mais encore elle est appliquée hors du champ de l'économie. On sait les motifs qui ont conduit à cette solution. Un large débat avait été ouvert concernant les garanties à donner aux citoyens face au développement de l'informatique : une intervention de l'État était nécessaire mais on redoutait l'interconnexion des fichiers administratifs ; aussi le souhait avait-il été formulé de créer « au sein de l'État une instance largement indépendante qui soit en quelque sorte l'organe de la conscience sociale face à l'emploi de l'informatique »<sup>31</sup>. Le qualificatif d'AAI qui ne figurait pas dans le projet de loi, résultera du débat parlementaire : déjà le rapporteur de l'Assemblée Jean Foyer avait insisté sur la « totale indépendance » d'un statut qui tendait à rapprocher la CNIL « d'institutions comparables déjà existantes en droit français, telles que la COB ou la Commission de la concurrence »<sup>32</sup> ; le rapporteur du Sénat Jacques Thyraud proposera de « qualifier avec précision la Commission ainsi, créée », afin d' « éviter les équivoques » et tout risque d'assimilation à une juridiction<sup>33</sup>. Si le rapprochement avec les agences américaines a été effectué<sup>34</sup>, le Parlement ne s'y

---

<sup>29</sup> N. Decoopman, *La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés*, Economica, 1980, p. 16.

<sup>30</sup> J. Donnedieu de Vabres, « La Commission de la concurrence : bilan et perspectives », *EDCE*, n° 36, 1984-1985, p. 79.

<sup>31</sup> Rapport de la commission « Informatique et libertés », Documentation française, 1975, p. 69.

<sup>32</sup> Rapport J. Foyer, *Ass. Nat.*, n° 3125, p. 14 et 4 octobre 1977, *JO-Débats*, p. 5783.

<sup>33</sup> Rapport J. Thyraud, Sénat, 10 novembre 1977, n° 72, p. 26 et 17 novembre 1977, *JO-Débats*, p. 2779.

<sup>34</sup> Rapport J. Foyer, préc., p. 54.

arrêtera pas, la sphère de compétence de la CNIL contrastant au demeurant avec celle impartie à ces agences<sup>35</sup>.

La formule AAI utilisée en 1978 pour qualifier la CNIL n'est pas restée isolée : d'autres institutions vont être construites peu après sur le même modèle, notamment en 1982 la « Haute autorité de l'audiovisuel »<sup>36</sup> et en 1984 l'éphémère « Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse ». La doctrine allait alors s'emparer de la notion et, en raisonnant par analogie, l'utiliser pour rendre compte d'hypothèses plus anciennes, jusqu'alors présentées comme *sui generis*, telles la COB ou le médiateur. Ce travail de systématisation doctrinal, auquel contribue le Conseil d'État<sup>37</sup>, s'est fait au prix de vives controverses : certains expriment alors un fort scepticisme quant à la nouveauté et la cohérence de la catégorie<sup>38</sup>, voire une franche hostilité<sup>39</sup>. La formule serait en effet contradictoire dans les termes : dans la tradition constitutionnelle française, « par définition, l'administration n'est pas indépendante ». L'idée qu'on était en présence d'institutions nouvelles dans le paysage administratif français ne s'en est pas moins progressivement imposée. En qualifiant expressément en 1984 la Haute autorité de l'audiovisuel d'AAI, en dépit du silence du texte, le Conseil constitutionnel mettra fin au débat sur la constitutionnalité de la formule et le Parlement lui emboîtera le pas en y recourant toujours davantage. Excluant toute transposition des agences à l'américaine, cette construction entend construire un modèle spécifique, compatible avec l'architecture du droit public français ; cependant la filiation n'en est pas moins évidente.

## B. FILIATION

Le statut des AAI françaises se caractérise comme celui des *IRA* américaines par les mêmes éléments fondamentaux de singularité : l'indépendance qui leur est reconnue ; la fonction de régulation qui leur est impartie. Ces éléments sont considérés comme indissociables, si tant est que la régulation est censée n'être efficace qu'à la condition d'être confiée à des entités dégagées des liens de

---

<sup>35</sup> Voir les observations d'H. Maisl, in C.-A. Colliard, G. Timsit, *op. cit.*, pp. 293-294.

<sup>36</sup> Présentée comme « la clef de voûte du nouvel édifice audiovisuel », mettant fin à la relation de soumission au pouvoir politique, la Haute autorité n'est pas expressément qualifiée par la loi du 29 juillet 1983 d'AAI mais en présente tous les attributs (J. Chevallier, « Le statut de la communication audiovisuelle », *AJDA*, 1982, p. 555).

<sup>37</sup> Recensant une quinzaine d'organismes de ce type le rapport Gazier-Cannac précité y contribue en distinguant trois grandes périodes de création : introduisant une cohérence *a posteriori*, il aboutit à produire une généalogie mythique d'une catégorie qui n'a, en réalité, été inventée qu'à partir de la création de la CNIL.

<sup>38</sup> En ce sens P/ Sabourin, *loc. cit.*

<sup>39</sup> Pour G. Braibant (« Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés, Mélanges Charlier*, Ed. Emile Paul, p. 708 et encore in C.-A. Colliard, G. Timsit, *op. cit.* pp. 290-291).

dépendance par rapport aux intérêts de toute nature et disposant d'un pouvoir propre de décision. Ces principes communs sont cependant déclinés de manière différente en fonction des traditions nationales comme le souligne Dominique Custos<sup>40</sup>, « la logique de l'importation n'est pas totale » : l'emprunt du modèle américain ne saurait « valoir reproduction exacte dans un milieu d'importation travaillé en profondeur par l'exigence d'unité d'un État centralisé. »

Tout comme les *IRA* disposent de garanties d'indépendance par rapport au chef de l'Exécutif, les AAI vont être dégagées du lien traditionnel de subordination de l'administration au Gouvernement : placées hors hiérarchie, elles ne reçoivent du Gouvernement, ni ordres, ni instructions et exercent les compétences qui leur sont attribués en toute liberté. Les règles de composition sont sans doute conçues de manière différente : si la collégialité est, comme aux États-Unis, généralement adoptée, elle a cependant connu d'emblée quelques exceptions ; et surtout le mécanisme de nomination des membres par le Président avec l'approbation du Sénat, est remplacé par un système de désignation pluraliste, impliquant l'intervention de plusieurs autorités (assemblées parlementaires, hautes juridictions...) et suivant des modalités variées. Les conditions fixées pour l'exercice du mandat (durée fixe, absence de possibilité de révocation incompatibilités) sont d'inspiration identique. Comme aux États-Unis, l'Exécutif dispose cependant d'un certain nombre d'armes qui lui permettent de peser sur le fonctionnement des autorités : l'absence de pouvoir hiérarchique ou de tutelle n'exclut pas une dépendance plus subtile, résultant notamment des conditions d'affectation des moyens et des restrictions apportées à l'autonomie de gestion ; la présence, fréquente au départ, dans certaines autorités d'un commissaire du Gouvernement et la possibilité de demander une seconde délibération témoignent des restrictions apportées à l'autonomie de décision. La véritable différence réside en réalité dans l'absence du lien constitutif unissant aux États-Unis les agences au pouvoir législatif. Sans doute, les AAI sont-elles en principe créées par la loi et leur financement dépend-il de la loi de finances ; le rapport annuel qu'elles sont appelées à établir garantit par ailleurs au Parlement un droit de regard sur elles ; néanmoins, l'institution des AAI a été considérée en France comme un simple aménagement des fonctions administratives, ne touchant pas à l'équilibre des pouvoirs<sup>41</sup>.

L'institution des AAI manifeste par ailleurs l'acclimatation en France de la notion de régulation, telle qu'elle était conçue aux États-Unis, et de ses implications juridiques. Les AAI vont être ainsi amenées à réunir entre leurs

---

<sup>40</sup> « Agences indépendantes de régulation américaines, *Independent Regulatory Commissions (IRC)* et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la *Federal Communications Commission (FCC)* et de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) », *Politiques et management public* 2002, n° 1, p. 67.

<sup>41</sup> Pour F. Gazier et Y. Cannac (*loc.cit.*, p. 27), c'était « une forme d'autolimitation du pouvoir exécutif central », faute d'un véritable équilibre des pouvoirs comme dans les pays anglo-saxons.

mains un ensemble de pouvoirs traditionnellement dissociés, allant de l'édition de règles de portée générale jusqu'à un pouvoir d'investigation et éventuellement de sanction, en passant par l'adoption de décisions individuelles ; parallèlement à ces instruments juridiques, elles sont appelées à avoir recours à des procédés plus souples, prenant la forme de « recommandations », « directives » ou « lignes de conduite »<sup>42</sup>. Ce cumul de pouvoirs heurtant la conception française de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a été amené à poser un certain nombre de règles pour l'encadrer. S'il a admis l'attribution d'un pouvoir de réglementation aux AAI (18 septembre 1986), c'est à la condition qu'il s'applique « à des domaines déterminés » et qu'il s'exerce « dans le cadre défini par les lois et règlements » ; il ne saurait dès lors concurrencer le pouvoir réglementaire général détenu par le Premier ministre et aller au-delà de « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (17 janvier 1989). De même, si le pouvoir de sanction a été admis, c'est à la condition qu'il soit « exclusif de toute privation de liberté » et que son exercice soit entouré de certaines garanties procédurales (17 janvier 1989, 29 juillet 1989). La possibilité donnée aux AAI de trancher des litiges dans le cadre d'une fonction quasi-juridictionnelle, à l'instar des *IRA* a été en revanche au départ écartée. Par ailleurs, le système français de juridiction conduisait à donner, à la différence du modèle américain, le contentieux des actes des autorités au juge administratif, principe qui allait connaître un certain nombre d'exceptions à partir de l'institution en 1987 du Conseil de la concurrence.

Tout s'est donc passé comme si l'acclimatation de la formule des agences indépendantes avait été assortie d'un travail, notamment jurisprudentiel, visant à rogner certains de ses particularismes, de façon à les rendre compatibles avec une certaine orthodoxie politique et juridique. Cette acclimatation ne pouvait cependant manquer d'avoir des implications plus larges. L'avènement des AAI a été en effet un indicateur de l'inflexion du modèle français d'État et d'administration, sous l'empire de conceptions venues d'Outre-Atlantique. Il manifeste le basculement de la conception dominante en France d'un État prenant en charge le développement économique et social vers celle d'un « *État régulateur* »<sup>43</sup>, se posant moins en acteur qu'en arbitre du jeu social : un État renonçant à imposer ses vues mais négociant en permanence avec les partenaires sociaux pour construire les compromis nécessaires ; un État ne cherchant plus à concevoir et à impulser le changement mais intervenant pour amortir les tensions, régler les conflits, en assurant le maintien d'un équilibre d'ensemble. La mission régulatrice assignée aux AAI est l'expression de cette vision d'un État

---

<sup>42</sup> Pour F. Gazier et Y. Cannac (*ibid.*, p. 21), « c'est par des voies extra-juridiques que les AAI exerceront le plus volontiers leur action », en s'efforçant de convaincre plutôt que d'imposer.

<sup>43</sup> J. Chevallier, « L'État régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 473.

arbitre entre les intérêts sociaux, fortement enracinée aux États-Unis<sup>44</sup>. Par ailleurs l'émergence des AAI témoigne aussi du basculement du modèle unitaire traditionnel vers un « *État pluriel* », ou polycentrique, constitué d'un ensemble d'entités disposant d'une capacité d'action autonome. Chargées de réguler un secteur d'activité ou un type de problèmes, les AAI sont l'expression emblématique de cette évolution : chacune d'elles constitue un centre autonome de pouvoir, situé en marge de l'appareil administratif classique ; on retrouve ici encore l'influence des États-Unis où le développement de l'administration fédérale s'est effectué dans un cadre souple et pluraliste.

A travers les AAI, c'est donc bien toute une vision de l'État qui tend à se diffuser, au prix d'un processus d'adaptation et de réappropriation, qui évoluera avec le temps.

### III. LA DYNAMIQUE D'ÉVOLUTION

La prolifération des AAI au cours des dernières décennies suffit à démontrer que l'acclimatation du modèle américain des agences indépendantes est désormais acquise : alors que la formule avait pu, au départ être considérée comme une réponse purement circonstancielle à la crise de l'État providence et de la représentation politique, les AAI se sont enracinées, en devenant un élément durable du paysage institutionnel ; et cet enracinement témoigne des changements qui ont affecté plus en profondeur la configuration de l'État. Cette expansion a cependant été assortie d'un ensemble d'évolutions qui doivent être mises en perspective : il s'agit de savoir si elles ont contribué à distendre ou au contraire à renforcer les ressemblances avec le modèle américain ; la réponse sur ce point est nuancée.

#### A. DES MOUVEMENTS CONTRADICTOIRES

Le spectaculaire développement des AAI<sup>45</sup> s'est accompagné au fil des décennies d'un mouvement de diversification croissante<sup>46</sup> : de plus en plus nombreuses, les AAI sont devenues de plus en plus diverses par leur domaine d'intervention, leurs principes d'organisation et leurs pouvoirs ; tout s'est passé comme si l'on était désormais en présence d'une mosaïque d'autorités instituées à des fins différentes, dotées de statuts contrastés et investies de pouvoirs

---

<sup>44</sup> Il convient cependant de relever que, si en France l'institution des AAI s'inscrit dans la perspective d'un recul de l'interventionnisme étatique, les agences américaines mises en place pendant le New-Deal relevaient d'une présence plus active de l'État dans le jeu économique.

<sup>45</sup> Si les critères retenus varient, elles étaient évaluées jusqu'à la réforme récente au nombre d'une quarantaine (voir le rapport du Conseil d'État de 2001 et les divers rapports parlementaires).

<sup>46</sup> J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA*, n° 5, 2010)

variables. La distinction fréquemment opérée entre les autorités chargées de protéger les droits et libertés et celles investies d'une fonction de régulation économique n'a pas épuisé la diversité des finalités poursuivies. Les variantes dans les règles d'organisation et de fonctionnement se sont fortement accentuées. L'unité de statut a été brisée, notamment en raison de l'émergence d'un nouveau type d'AAI, les « autorités publiques indépendantes » (API), dotées des attributs de la personnalité morale. Enfin, la gamme des pouvoirs s'est tout à la fois enrichie et diversifiée. La catégorie des AAI ne présentait plus qu'une unité apparente et la référence au modèle américain tendait dès lors à devenir de plus en plus incertaine.

Cette diversification n'a cependant pas exclu certaines inflexions de la formule originare des AAI, contribuant à la rapprocher de ce modèle. Tandis que la consolidation des règles de procédure non contentieuse, applicables aux AAI comme à l'ensemble des autorités administratives, a contribué à renforcer les garanties données aux intéressés<sup>47</sup>, comme l'avait fait en son temps aux États-Unis l'*Administrative Procedure Act*, le pouvoir de sanction reconnu à une partie de ces autorités a fait d'un encadrement toujours plus rigoureux, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui l'exigence d'un « procès équitable » et le principe corrélatif d'« impartialité » devaient s'appliquer à ce qui constitue une « matière pénale » ; l'accent consécutif mis par le Conseil constitutionnel sur l'exigence de séparation des poursuites et de la décision (12 octobre 2012) a conduit les autorités concernées à mettre en place des formations spécialisées dans le prononcé des sanctions. Par ailleurs, un certain nombre d'AAI se sont vues attribuer le pouvoir de règlement des différends que possèdent depuis longtemps certaines *IRA*, ce qui les a conduit à exercer une fonction contentieuse dont l'exercice est entouré, comme aux États-Unis, de garanties d'ordre procédural<sup>48</sup>. Enfin, une part importante des actes des AAI investies d'une fonction de régulation économique a été transféré aux juridictions de l'ordre judiciaire, plus précisément à la Cour d'appel de Paris. Toutes ces inflexions, effectuées sans référence au modèle américain, montrent cependant que celui-ci continue à exercer, fût-ce de manière sous-jacente, une indéniable force d'attraction.

Le même constat peut être fait concernant le nouveau statut des AAI.

## B. UN STATUT DE PORTEE AMBIVALENTE

---

<sup>47</sup> Le nouveau « code des relations du public avec l'administration » (crpa), résultant de l'ordonnance du 23 octobre 2015 constitue sur ce plan une étape importante : on retrouve notamment dans l'idée d'« association du public aux décisions prises par l'administration » (titre 3) l'influence du modèle américain des *hearings*.

<sup>48</sup> Voir « Le règlement des différends et la régulation sectorielle », *RFDA*, n° 4, 2017.

Le statut des AAI-API, résultant des deux lois du 20 janvier 2017, contraste à première vue radicalement avec le cadre applicable aux États-Unis aux agences indépendantes : relevant d'une logique très française, il relève d'un processus de normalisation, visant à mettre un terme à l'empirisme et au pragmatisme qui ont présidé au développement des AAI, en dégagant certains principes communs, d'application générale. Les lois se situent dans la droite ligne des rapports, tant du Conseil d'État<sup>49</sup> que des Assemblées parlementaires<sup>50</sup>, qui avaient insisté sur la nécessité de « mettre un frein à la multiplication des AAI », de « rationaliser leur régime juridique » et d'« harmoniser leurs règles de fonctionnement », toutes ambitions reprises par le rapport Mézard d'octobre 2015 qui prônait l'adoption d'un « statut »<sup>51</sup>. Procédant à une énumération législative des AAI et API (26 autorités recensées), le législateur fixe un ensemble de règles générales concernant leur organisation et le mandat de leurs membres (titre 1), la déontologie et le personnel (titre 2), les conditions de fonctionnement (titre 3), les modalités du contrôle parlementaire (titre 4), ce qui n'interdit pas la persistance de disparités ; « le parti d'une uniformité sans faille du dispositif se fait donc au prix d'un plus petit dénominateur commun »<sup>52</sup>. Une telle démarche se situe aux antipodes du pragmatisme qui, aux États-Unis, a toujours présidé au système des agences.

Néanmoins, au-delà des dispositions ponctuelles, proches des règles applicables aux agences américaines (par exemple celles relatives à la durée et à l'irrévocabilité des mandats), la volonté d'établir les assises d'un « véritable contrôle parlementaire » sur les AAI<sup>53</sup> évoque irrésistiblement le lien qui existe aux États-Unis entre les agences et le Congrès : l'affirmation de la compétence exclusive du législateur pour créer de telles autorités (art. 1) et les dispositifs prévus pour renforcer le contrôle parlementaire (rapport d'activité annuel, compte-rendus de l'activité à la demande des commissions parlementaires...) relèvent de cette perspective, même s'ils risquent de ne pas être à la hauteur des ambitions.

---

<sup>49</sup> Le Conseil d'État avait jugé indispensable de « clarifier l'insertion des AAI dans leur environnement institutionnel » (p. 328), tout en réglant un certain nombre de problèmes relatifs à leur fonctionnement et aux conditions d'exercice de leurs pouvoirs, ainsi qu'en renforçant les contrôles pesant sur elles.

<sup>50</sup> Rapport Gélard, 2006, précité ; Rapport Dosièrre-Vanneste, « Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement », Comité d'évaluation et de contrôle, novembre 2010 *Ass. Nat.* n° 2925 ; Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes, juin 2014, *Sé debates* n° 616.

<sup>51</sup> « Un État dans l'État. Canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », Sénat, 28 octobre 2015, *Doc-Parlem.* n° 126.

<sup>52</sup> A. Rouyère, « Le statut : une mise en ordre pragmatique », *RFDA*, n° 3, 2017, p. 417. Dans le même sens, Pascale Idoux, « Le nouveau statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes », *AJDA*, n° 14, 2017, p. 1115.

<sup>53</sup> Rapport Mézard, précité.

\* \*  
\*

La filiation des AAI avec le modèle américain des agences indépendantes ne saurait donc être ignorée. Cette filiation ne signifie évidemment pas qu'il s'agisse d'une application mécanique : l'acclimatation de ce modèle s'est faite au prix d'une adaptation indispensable pour assurer une compatibilité au moins relative avec l'architecture étatique traditionnelle. Par ailleurs, l'influence du modèle américain n'est pas exclusive : elle se combine avec d'autres influences et s'inscrit dans un mouvement plus général d'inflexion des modes d'action publique dans tous les pays. L'exemple des AAI témoigne ainsi de la force mais aussi des limites du processus d'américanisation du droit.

# LE DROIT ADMINISTRATIF A L'ÉPREUVE DES *NUDGES*

Par  
Arnaud SEE  
Professeur de droit public  
à l'université Paris Nanterre

**Une théorie américaine.** Issue des travaux croisés de la science économique et de la psychologie comportementale, la théorie des « *nudges* » prône l'utilisation de méthodes d'incitation douces, privées ou publiques, afin d'orienter les comportements des individus vers la « bonne décision ». Les *nudges* sont des « coup de pouces » utilisant une méthode d'incitation douce. Ainsi, la façon de présenter les aliments dans une cantine (légumes à hauteur de vue) peut influencer le choix des enfants. De la même façon, le fait de peindre une mouche sur les toilettes de l'aéroport de Schiphol (Amsterdam) incite les hommes à mieux viser et réduit les éclaboussures de 80%.

Ces exemples sont peut-être triviaux, mais font l'objet d'une nouvelle théorie juridico -économico – comportementale d'origine américaine. Cette théorie est issue de travaux de Richard Thaler, juriste, et C. Sunstein, économiste devenu Prix Nobel 2017, tous deux professeurs à l'Université de Chicago<sup>54</sup>. Elle prend pour postulat de départ que les individus ne sont pas des « homo economicus » rationnels, mais prennent au contraire dans de nombreux cas d'assez mauvaises décisions. L'exemple le plus symptomatique cité est celui des obèses, qui continuent à mal manger alors qu'ils connaissent les méfaits sur la santé de leur alimentation. Les *nudges* permettent alors d'inciter ces « homo sapiens » à prendre une « bonne », sinon une meilleure décision que celle qu'ils auraient prise sans.

Les *nudges* relèvent, selon les auteurs, d'un « paternalisme libertaire ». La théorie se veut « libertaire » (libérale en réalité), car elle préserve la liberté des individus, qui restent libres de faire ce qu'ils veulent. La simple incitation induit l'absence de contrainte, qui est d'ailleurs presque une condition de la réussite des *nudges* : les travaux de la psychologie comportementale montrent ainsi que les

---

<sup>54</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge. La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Vuibert, 2010.

individus sont plus enclins à suivre un comportement s'ils n'y sont pas contraints. La théorie est ensuite « paternaliste », car l'incitation est mise en œuvre dans l'intérêt de l'individu. Pour les auteurs, « il est légitime d'influencer, comme tentent de le faire les architectes du choix, le comportement des gens afin de les aider à vivre plus longtemps, mieux et en meilleure santé »<sup>55</sup>. En tout état de cause, tout cela « n'implique aucune coercition »<sup>56</sup>. Ainsi, ce « paternalisme libertaire » « n'enferme pas les gens dans des choix irréversibles, pas plus qu'il ne les pénalise en cas d'erreur »<sup>57</sup>.

**Une théorie pratiquée.** Plus encore, les *nudges* se caractérisent par leur très grande effectivité et leur absence presque totale de coût<sup>58</sup>, laissant penser que l'effectivité de la règle peut parfois être plus forte sans le droit ni l'État. La théorie des *nudges* a dans ces conditions vocation à être pratiquée, tant par les personnes privées que la puissance publique. Ainsi, « le paternalisme libertaire des institutions privées s'applique également à l'État »<sup>59</sup>. Les *nudges* sont aujourd'hui de plus en plus récupérés par les systèmes juridiques. Ils constituent en effet de nouvelles modalités de mise en œuvre de politiques publiques, et leur utilisation s'est progressivement généralisée à la plupart des domaines d'intervention de la puissance publique, notamment dans les domaines de la santé publique. La France n'est pas épargnée par cette évolution.

Les *nudges* intéressent nécessairement le juriste et le politologue qui travaillent sur les nouvelles formes de normativité. Les *nudges* sont en effet des normes, car l'auteur du *nudge* fixe une « norme de comportement », une norme sociale (jeter son déchet dans la bonne poubelle). Ces normes ne sont pas contraignantes, et le paternalisme libertaire « n'implique aucune coercition »<sup>60</sup>. Par conséquent, ces normes sont dépourvues d'effets juridiques. Il ne s'agit que d'incitations, de recommandations, qui relèvent le plus souvent d'une norme de comportement social (par ex., trier ses déchets), mais qui parfois reprennent une règle juridique (par ex., jeter ses déchets à la poubelle). En outre, leurs auteurs peuvent être tant des personnes publiques que des personnes privées. Le *nudge* peut donc aussi être une norme non étatique<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 24.

<sup>56</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 34.

<sup>57</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 24.

<sup>58</sup> D'ailleurs, on peut même se demander si cet argument n'est pas en lui-même un *nudge*, c'est-à-dire une incitation à utiliser les *nudges* (non seulement cela fonctionne très bien, sans droit, mais en plus cela ne coûte rien).

<sup>59</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 23.

<sup>60</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 34.

<sup>61</sup> Contrairement à la théorie des actes de langage, l'auteur de la norme a ici peu d'importance et peut être un acteur public comme un acteur privés. D'ailleurs, l'action de ces derniers est privilégiée dans l'ouvrage de Sunstein.

Il n'existe pourtant que très peu de travaux français sur la question. Le « Doctrinal plus » ne fournit aucune réponse à la recherche. Pour le reste, il existe quatre occurrences dans les trois bases de données juridiques, dont deux fois la même annonce de colloque. Un seul article pertinent évoque le sujet dans la littérature juridique française<sup>62</sup>. Pour trouver des traces de recherche, il faut rechercher dans la littérature étrangère, dont belge<sup>63</sup> ou américaine<sup>64</sup>.

**Une théorie critiquée.** Or, le développement des *nudges* ne doit pas masquer les difficultés posées par ces nouvelles formes d'incitation. La littérature anglo-saxonne la plus récente sur la question se consacre à la critique de la théorie de Richard Thaler et Cass Sunstein<sup>65</sup>. Le problème majeur est évidemment celui de la légitimité des *nudges* : qu'est-ce que la « bonne décision » qui doit être prônée ? Comment déterminer son caractère d'intérêt public ? Plus encore, à cette question de légitimité s'ajoute une question de légalité, puisqu'un *nudge* pourrait inciter à un comportement contraire à la loi. C'est le cas, notamment, des nombreux faux « centres d'écoute » incitant les femmes enceintes à ne pas avorter, entravant ainsi le droit à l'interruption volontaire de grossesse. Or, ces *nudges*, et notamment ceux édictés par des personnes privées, ne font pas nécessairement l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Se pose alors la problématique de la transposition et de la réception des *nudges* dans le système juridique administratif français. A ce titre, si les *nudges* se développent dans la pratique administrative (I), cette évolution appelle nécessairement une adaptation du droit administratif aux *nudges* (II).

## I. LE DÉVELOPPEMENT DES *NUDGES* DANS LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE

La théorie des *nudges* est une nouvelle théorie sur la normativité, qui prône une nouvelle conception de celle-ci (A). Cette théorie a été rapidement mise en pratique. Le *nudge* est aujourd'hui un nouvel instrument de politique publique, mis en œuvre dans la plupart des démocraties occidentales dont la France (B).

---

<sup>62</sup> J. Chevallier, « La modernisation de l'action publique en question », RFAP, 2016, p. 585.

<sup>63</sup> A. Alemanno, A.-L. Sibony (dir.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, 2015.

<sup>64</sup> V. not. *infra* note 9.

<sup>65</sup> V. not. R. Baldwin, « Nudge, three degrees of concern », 2015 (working paper), <http://ssrn.com/abstract=2573334>; D. Hausman, B. Welch, « Debate: to nudge or not to nudge », *Journal of political philosophy*, 2010 ; C. Hill, « Anti-anti-anti-anti paternalism », *NYU Journal of law and liberty*, 2007, [http://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/110](http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/110) ; D. Whiteman, M. Rizzo, « The problematic welfare standards of behavioral paternalism », *Review of Psychology*, 2015, [http://works.bepress.com/mario\\_rizzo/37/](http://works.bepress.com/mario_rizzo/37/).

## A. UNE NOUVELLE CONCEPTION DE LA NORME

Les *nudges* révèlent une nouvelle conception de la normativité à plus d'un titre. Les *nudges* sont des normes non juridiques, non contraignantes, qui apparaissent comme une normativité concurrente au droit administratif « dur ». Mais les *nudges* se caractérisent surtout par un nouveau mode d'élaboration de la norme, de conception au sens de fabrication. Pour ce faire, la théorie des *nudges* a recours à une méthode qui consiste à prendre en compte les évolutions de la psychologie sociale au système de décision économique. Il s'agit d'une nouvelle façon de penser les politiques publiques.

**La nécessité du *nudge***<sup>66</sup> Pour savoir « quand mettre en place un *nudge* », les auteurs se fondent sur les apports de la psychologie comportementale. Ils montrent ainsi que certaines décisions sont prises non pour des motifs rationnels, mais pour des raisons émotionnelles. Parfois, l'estimation de l'individu est biaisée car ce dernier se réfère à ses propres points de repère, qui sont parfois éloignées de la réalité (ce que les auteurs dénomment « l'ancrage »). Parfois encore, les événements sont évalués en fonction du vécu des individus<sup>67</sup>, ou les individus font des associations en fonction de leur cadre de référence (Phénomène de représentativité)

Ces éléments psychologiques entraînent des biais dans la prise de décision, comme par exemple en matière de santé publique. L'humain est faillible. Son optimisme et son excès de confiance peuvent le conduire à prendre des décisions risquées pour la santé, comme continuer de fumer alors qu'il en connaît les dangers, en pensant qu'il ne développera pas de cancer. Sa tendance au mimétisme le conduit à subir l'influence de ses pairs. Il a tendance à surévaluer le coût d'une perte à la satisfaction tirée d'un gain<sup>68</sup>. Sa passivité et son inertie le conduisent à choisir trop souvent l'option par défaut<sup>69</sup>.

Pour les auteurs, « il faut mettre en place les *nudges* ayant le plus de chances d'être utiles et le moins de chances de se révéler préjudiciables »<sup>70</sup>. Le *nudge* doit alors être mise en place « dans les situations dans lesquelles les gens ont le

---

<sup>66</sup> Chapitre 4 – Quand la méthode douce est-elle à l'ordre du jour ?

<sup>67</sup> Ce que les auteurs identifient comme étant le « principe de disponibilité ». Ce principe est renforcé par l'accessibilité, c'est-à-dire le degré de la proximité de la personne au risque, et la « saillance », qui rend un risque plus important car plus facilement identifiable (ex. : les individus s'assurent plus facilement après une catastrophe naturelle).

<sup>68</sup> Ainsi, par exemple, pour inciter les gens à arrêter de fumer, il est préférable de leur indiquer qu'ils perdront une somme d'argent importante s'ils continuent à fumer, et non de leur dire qu'ils vont gagner cette somme en arrêtant.

<sup>69</sup> Les auteurs prennent l'exemple du don d'organe. Moins de 20% de la population est donneuse d'organes s'il faut faire une démarche en ce sens, et si le choix par défaut est l'absence de don. A l'inverse, dans les pays dans lesquels le choix par défaut est le don d'organes, 80% de donateurs !

<sup>70</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 135.

moins de chances de prendre la bonne décision »<sup>71</sup>. Ils identifient ces situations dans le chapitre 4 de leur ouvrage : « les gens ont besoin d'être aiguillés pour les décisions dont les effets sont lointains, pour celles qui sont difficiles, peu fréquents, n'offrent pas de retour d'information, ainsi pour les cas où la relation entre le choix et l'expérience vécue par la suite est ambiguë »<sup>72</sup>.

Les auteurs montrent en outre que le libre fonctionnement du jeu des marchés ne permet pas de pallier ces difficultés, car les marchés profitent des faiblesses des utilisateurs. « Si les consommateurs ont une conviction dont la rationalité laisse à désirer les entreprises ont souvent plus à gager à l'exploiter qu'à l'éradiquer »<sup>73</sup>.

**L'élaboration du *nudge*.** C'est la question de « l'architecture du choix » évoquée dans le chapitre 5 de l'ouvrage. L'architecte du choix est celui qui « influence indirectement les décisions d'autres personnes »<sup>74</sup>, c'est-à-dire celui qui élabore le *nudge*. Il faut que l'architecture soit en accord avec les « principes de base de la psychologie humaine »<sup>75</sup>. Un exemple de respect d'un principe psychologique important est la compatibilité stimulus réponse : le signal reçu (stimulus) doit être cohérent avec l'action désirée (réponse)<sup>76</sup>. L'architecture doit ainsi « refléter une solide connaissance de la façon dont (les individus) se comportent »<sup>77</sup>. Plusieurs techniques sont alors proposées par les auteurs.

La première consiste à jouer sur les options par défaut. La plupart des personnes choisissent l'option qui suppose le moins d'efforts, la moins « couteuse ». Par conséquent, s'il existe une option par défaut (résultant de l'inertie), elle sera très souvent choisie, a fortiori si elle est considérée comme l'option « normale »<sup>78</sup>. Le commerce en profite, comme par exemple en matière renouvellement automatique des abonnements. Mais « l'architecte du choix » peut aussi obliger les gens à prendre une décision (choix requis ou obligatoire), par exemple en obligeant à cocher l'une ou l'autre case. Cette technique est

---

<sup>71</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 136.

<sup>72</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 143. Il en va ainsi : quand les bénéfices d'une action sont immédiats, mais que ses coûts interviennent plus tard ; en raison du degré de difficulté de certaines actions ; en raison de la faible fréquence des actions, qui ne permettent pas de retour d'expérience (ex. : on ne choisit une université qu'une fois dans sa vie) ; du fait de choix difficiles que l'on a rarement l'occasion de faire ; en raison de l'absence de retour d'information : les individus peuvent avoir des difficultés à choisir, s'ils ne connaissant pas certains éléments du choix (ex. au restaurant, menu choisi par le chef, difficile parfois à accepter)

<sup>73</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 148. Ex. des extensions de garanties. Facturées 20 dollars, alors qu'elles ne valent pas plus que 2 dollars (car 1% de chances de panne). Mais le marché n'informe pas le consommateur du coût réel du service proposé.

<sup>74</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 157.

<sup>75</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 153.

<sup>76</sup> C. ex. du grand panneau rouge sur lequel est écrit « go ! » ; porte à pousser avec une énorme pognée incitant à la tirer.

<sup>77</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 157.

<sup>78</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 157.

intéressante mais pose deux problèmes. Beaucoup de personnes préfèrent encore les options par défaut, car ne souhaitent pas faire l'effort du choix (résistances). En outre, cette liberté de choix demeure adaptée à des questions simples (réponses oui ou non), moins à des décisions complexes.

Ensuite, le *nudge* doit pouvoir anticiper les erreurs des utilisateurs. Selon les auteurs, « un système bien conçu doit être « indulgent » avec les erreurs de ses utilisateurs<sup>79</sup>. C'est l'exemple d'un DAB qui rend la carte de crédit avant les billets, pour être sûr que l'utilisateur ne l'oublie pas<sup>80</sup>. Les auteurs évoquent ici une « fonction forçante » : pour obtenir ce que l'on veut, il faut commencer par faire quelque chose. Thaler et Sunstein relèvent en outre que le fait de mettre en place un retour d'information augmente l'efficacité<sup>81</sup>. Les utilisateurs peuvent de la sorte savoir s'ils ont réussi ou commis une erreur (ex. de l'écran des appareils photo numériques). Enfin, les auteurs préconisent de « donner des repères »<sup>82</sup>, afin de structurer les choix complexes<sup>83</sup>. Cela permet d'éviter les stratégies simplificatrices mises en œuvre quand les choix sont nombreux ou complexes<sup>84</sup>. Cela implique une transparence de l'information, mais aussi une « façon de présenter les choses, le « Framing ». les auteurs prennent ainsi l'exemple du consentement à une opération : celui-ci sera plus facilement obtenu si le médecin indique que « 90% ont survécu » plutôt que « 10% sont morts »<sup>85</sup>.

Ainsi conçu, le *nudge* a très vite été récupéré pour constituer un nouvel instrument de politiques publiques.

## B. UN NOUVEL INSTRUMENT DE MISE EN ŒUVRE DE POLITIQUES PUBLIQUES

L'idée défendue dans *Nudge* consiste à utiliser cette technique comme instrument de politique publique pour lutter contre l'obésité, favoriser le recyclage, ou réguler la consommation d'énergie. Certaines politiques publiques semblent ainsi particulièrement concernées : la santé publique (avec la lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme, les habitudes alimentaires et le manque

---

<sup>79</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 161.

<sup>80</sup> Les auteurs prennent d'autres exemples : les rappels électroniques en voiture (ceinture de sécurité, voyant panne essence, voyant de porte ouverte, allumage ou extinction automatique des feux, capuchon de réservoir fixé au clapet) ; les embouts des pompes à essence de taille différente pour le gazoil ou l'essence.

<sup>81</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 166.

<sup>82</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 167.

<sup>83</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 172.

<sup>84</sup> Les auteurs prennent l'exemple de la recherche d'un appartement dans un rayon de 2 km ; la perle rare est peut-être à 2,1 km.

<sup>85</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 15.

d'exercice physique<sup>86</sup>), l'environnement (parfois dénommés « *nudges* verts » ou « émulation environnementale »<sup>87</sup>), ou encore l'énergie<sup>88</sup>. La seconde partie de l'ouvrage évoque ces différentes propositions. La théorie des *nudges* ainsi avait vocation à être pratiquée. Elle l'a été presque immédiatement la sortie de l'ouvrage de Richard Thaler et Cass Sunstein, à l'étranger puis en France ?

**Les expériences de mise en œuvre des *nudges* à l'étranger.** La théorie des *nudges* a connu ses premières applications dans les pays anglo-saxons. Coauteur de l'ouvrage, Cass Sunstein, a été nommé en 2008 chef de l'Office of Information and Regulatory Affairs du gouvernement Obama. Une fois au pouvoir, Cameron a créé une équipe la « Nudge Unit » consacrée à étudier le moyen de pousser les citoyens britanniques à prendre les "bonnes décisions"<sup>89</sup>. La « Nudge unit » a étendu ses activités vers les pays étrangers et a été contactée par le gouvernement des Nouvelles Galles du Sud en Australie. La Nudge Unit britannique a ainsi, par exemple, mené un travail pour réduire la sur prescription d'antibiotiques auprès de médecins en leur montrant le comportement modéré de la plupart de leurs confrères.

Le modèle n'est pourtant pas universel. L'Union européenne n'est pas en passe d'être « nudgée », au regret de certains auteurs<sup>90</sup>. Mais le Comité économique et social européen (CESE), et plus particulièrement l'Observatoire du développement durable, travaille actuellement sur un avis d'initiative consacré au *nudge*. L'objectif de cet avis est de déterminer comment la théorie du *nudge* pourrait contribuer à rendre les politiques publiques européennes plus efficaces, en particulier du point de vue du développement durable. L'OCDE a

---

<sup>86</sup> Ainsi, par exemple, le « Grand prix *nudge* challenge » proposait de réduire le gaspillage alimentaire dans les restaurants universitaires grâce à un jeu collectif ; le gaspillage évité collectivement lors d'une semaine conditionnait le dessert proposé la semaine suivante. C'est encore l'exemple des « défis Familles à alimentation positive » lancés depuis 2012 à Lyon qui doivent permettre aux participants de repenser leurs habitudes alimentaires par des petits jeux.

<sup>87</sup> La commission générale de terminologie et de néologie recommande depuis 2013 l'usage du terme « émulation écologique » à la place de *nudge* vert afin de décrire une « incitation, par effet d'entraînement au sein d'un groupe, à adopter un comportement plus respectueux de l'environnement ».

<sup>88</sup> Ex : Le contrôle de la consommation énergétique Le ministère de l'énergie, après une phase d'expérimentation, a décidé de généraliser le déploiement des compteurs intelligents Linky. La mise à disposition des ménages des données de consommation en temps réel leur permettra de mieux contrôler la consommation énergétique dans leur foyer.

Autre exemple de *nudge* privé : en 2011, QPower, fournisseur d'énergie américain, a tenté de faire baisser la consommation d'électricité de 600.000 ménages en leur envoyant des courriers du type : « Le mois dernier, vous avez utilisé 15 % d'électricité de plus que vos voisins les plus économes. » Des graphiques permettaient de comparer la consommation énergétique de son foyer avec celle de ses voisins agrémentés d'un smiley souriant en cas de baisse de la consommation. Des baisses moyennes de la consommation d'électricité de 2 % ont été enregistrées chez les ménages.

<sup>89</sup> Exemple des mesures préconisées par la Nudge Unit, tout conducteur sollicitant un permis ou son renouvellement se voit demander automatiquement s'il souhaite devenir donneur d'organes dans l'imprimé qu'il doit remplir.

<sup>90</sup> A. Alemanno, «Nudging Europe», European Voice, May 16, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2061675>

pour sa part recensé l'utilisation de tous les *nudges* dans les différents domaines des politiques publiques des pays européens<sup>91</sup>.

**Les expériences de mise en œuvre des *nudges* en France.** En France, le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP) a lancé une cellule transversale sur les *nudges* en 2013. Outre un concours annuel de *nudges*, le « *nudge challenge* »<sup>92</sup> (sic), celle-ci a mené plusieurs projets à terme.

Un premier *nudge* a été mis en place à la Direction générale des finances publiques (DGFIP), afin d'inciter les usagers à recourir aux services en ligne de l'administration fiscale<sup>93</sup>. L'administration fiscale a en effet constaté que la majorité des contribuables préférerait envoyer leur déclaration de revenus sous format papier ou se déplacer au guichet pour la déposer en main propre, alors que la démarche est accessible depuis un site internet, et qu'elle engendre de ce fait des coûts, tant pour l'administration fiscale que l'utilisateur. Des études ont montré que la question de la confiance était cruciale et ont permis d'identifier les réticences, relevant de facteurs personnels, dans l'usage d'Internet. Dès la campagne de déclaration des revenus 2014, différents messages intégrant chacun un *nudge* spécifique ont été envoyés aux personnes ayant déclaré sous format papier en 2013.

Un autre *nudge* a été conçu afin d'inciter les personnes âgées à fréquenter les dispositifs d'accueil temporaires. Les personnes âgées ont de réels freins à recourir à un dispositif d'accueil temporaire, tenant à la culpabilité de l'aidant, la crainte de voir son identité gommée en maison de retraite, et le poids des habitudes. Le SGMAP a inventé « les bons découvertes » d'une valeur de 500 euros, qui financent cinq jours d'hébergement temporaire afin d'inciter les personnes âgées à essayer.

Le programme *Simphonie*, mené par initialement par la direction générale de l'offre de soins (DGOS) avec l'appui du SGMAP, a été réalisé pour assurer le recouvrement des petites redevances dans le service public hospitalier. Les sommes restantes à payer, qui ne sont pas toujours réglées à la sortie de l'hôpital, ont certes des montants modestes, mais leur absence de recouvrement a nécessairement un impact sur les finances des établissements publics hospitaliers. Plusieurs *nudges* ont alors été mis en place : des messages mnémotechnique<sup>94</sup>, la prise de l'empreinte de la carte bancaire du patient (avec son consentement) pour sécuriser le paiement. Parmi ces derniers, un travail sur

---

<sup>91</sup> OCDE, *Behavioural Insights and Public Policy : Lessons from Around the World* (Rapport), OECD Publishing, 1<sup>er</sup> mars 2017, 404 p.

<sup>92</sup> Le ministère de l'écologie, l'association *NudgeFrance* et le secrétariat général pour la modernisation de l'action publique ont lancé en 2015 le concours *NudgeChallengeCOP21* à destination des étudiants du monde entier dans le but « d'imaginer les *nudges* verts de demain ».

<sup>93</sup> M. Le Clainche, « La stratégie numérique de la DGFIP », RFFP, 2016, n°134, p. 81.

<sup>94</sup> « Pour faciliter mon passage à l'hôpital, je pense aux 4C : Carte vitale, Carte bancaire ou Chéquier, Carte de mutuelle, Carte d'identité ».

la facture a été effectué, afin que les usagers prennent conscience du caractère payant du service.

Les *nudges* sont depuis lors utilisés à tous les échelons de l'administration. Des *nudges* sont mis en œuvre au niveau communal. Ainsi, à Villefranche-de-Rouergue, dans l'Aveyron, « un simple panneau encourage les touristes et passants à ne pas jeter leurs chewing-gums sur la voie publique, en leur proposant de s'amuser à les coller directement sur les personnages dessinés sur celui-ci ». Les entreprises publiques s'en saisissent aussi, et l'on verra plus en avant que depuis juin 2017, la SNCF expérimente la technique du *nudge* pour réduire les incivilités<sup>95</sup>. Les *nudges* peuvent aussi être utilisés comme mode d'organisation interne des services publics. Le *nudge* est ainsi utilisé au sein de l'administration, comme mode d'organisation du service public. Ainsi, la circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics a préconisé l'activation par défaut de l'option d'impression recto-verso, ce qui a permis de réduire les dépenses de papier.

Reste que le *nudge* n'est pas efficace seul, il demeure complémentaire d'autres approches, plus juridiques ou plus informatives, et non simplement incitatives. Ainsi, un rapport rendu par la Chambre des Lords en 2011 affirme que le *nudge*, bien qu'utile n'est pas suffisant pour résoudre de grands problèmes sociaux comme l'obésité et que les techniques classiques du gouvernement (régulation, taxes, campagnes d'information) demeurent toujours nécessaires. L'exemple de la lutte contre le tabagisme est à ce titre topique. Un *nudge* a été introduit : les paquets de cigarettes neutres, sans aucun logo, afin de neutraliser les efforts de marketing des industriels et de réduire l'impact visuel. Cette mesure n'a pas eu beaucoup d'effets dans les pays dans lesquels elle a été mise en œuvre. Cela tient à ce que, en matière de consommation de produits malsains, d'autres facteurs entrent en ligne de compte : physiologiques, génétiques, voire socio-économiques.

Surtout, le *nudge* pose plusieurs séries de problèmes rendant nécessaire l'adaptation du droit administratif à ces nouveaux instruments.

## II. L'ADAPTATION NÉCESSAIRE DU DROIT ADMINISTRATIF AUX *NUDGES*

Le *nudge* pose de nombreuses difficultés. Celle de sa légitimité tout d'abord, car le *nudge* demeure un instrument de politique publique discuté (A). Se pose surtout la question de la légalité des *nudges*, dès lors qu'il s'agit de normes non juridiques soustraites à tout contrôle juridictionnel (B).

---

<sup>95</sup> V. *infra*.

## A. LA LEGITIMITE DES *NUDGES* : UN INSTRUMENT DE POLITIQUE PUBLIQUE DISCUTE

Le *nudge* est un instrument de politique publique discuté en raison des problèmes de légitimité - voire d'éthique - qu'il pose.

**La détermination de la « bonne » décision.** C'est le problème majeur de légitimité des *nudges* : qu'est-ce que la bonne décision ? Celle-ci est choisie arbitrairement par l'auteur du *nudge*. Cela ne pose a priori pas de difficulté quand le *nudge* est édicté ou mise en œuvre par une personne publique, investie en principe de l'exécution d'une mission d'intérêt général. Mais, à l'inverse, les *nudges* des personnes privées posent un problème évident de légitimité politique, car l'orientation des comportements n'a été choisie que par l'auteur du *nudge*, et pas nécessairement dans un but d'intérêt général. Le *nudge* privé pose alors d'évidents problèmes de conflits d'intérêt, renforcé par le fait que les *nudges* privés sont tout autant efficaces et a priori soustraits à tout contrôle juridictionnel direct<sup>96</sup>.

Il en résulte des dérives dans l'utilisation des *nudges* par les opérateurs économiques privés. Alors qu'à l'origine, le *nudge* est censé engendrer un comportement bénéfique, c'est-à-dire d'intérêt général, les *nudges* sont récupérés par les acteurs privés, associations (anti avortements) ou plus souvent sociétés commerciales, dans le cadre d'opérations marketing. Le *nudge* n'est plus alors qu'une incitation à la consommation, aidée parfois par la manipulation. Ainsi, la société La Roche Posay a développé un patch permettant de mesurer sa surexposition solaire via une application pour smartphone afin de créer de la sensibilisation à ces dangers. Or non seulement l'application n'a eu qu'un faible effet sur les comportements, mais surtout, l'opération marketing visait avant tout à collecter des données sur les clients. De nouveaux marchés se développent ainsi grâce au *nudge*. Par exemple, l'entreprise « positive *nudge* » propose ses services pour appliquer la théorie du *nudge* à l'entreprise<sup>97</sup>.

**Les difficultés liées au « paternalisme » des *nudges*.** Les auteurs se prétendent d'un « paternalisme » bienveillant car orienté vers l'intérêt de son destinataire, qui constitue selon eux une troisième voie apolitique. Ainsi, « les politiques suggérées par le paternalisme libertaire peuvent être adoptées par les conservateurs comme libéraux ». Les auteurs citent ainsi la mise en œuvre de

---

<sup>96</sup> On peut se demander s'il pourrait exister un contentieux des *nudges* privés. Celui-ci pourrait être triple : un contentieux judiciaire civil : responsabilité, si le *nudge* a causé un dommage ; un contentieux judiciaire pénal, si le *nudge* a incité à la commission d'une infraction pénale ; un contentieux administratif, en cas de carence de l'autorité de police qui n'a pas mis en œuvre des compétences pour assurer la sécurité publique, en faisant cesser le *nudge*. Cette carence engage la responsabilité pour faute de la puissance publique.

<sup>97</sup> [www.positivenudge.com](http://www.positivenudge.com)

leurs théories tant sous l'administration Obama que Cameron. De la même façon, « le paternalisme libertaire n'est ni de gauche ni de droite, ni démocrate ni républicain »<sup>98</sup>. Les *nudges* sont présentés comme une sorte de méthode apolitique.

Mais une attaque virulente d'un article du *New Scientist* révèle que le *nudge* n'est que « le nouveau nom de la coercition »<sup>99</sup>, en donnant tout pouvoir aux technocrates, aux experts, sans pouvoir discuter du bien-fondé d'une décision. L'idée même de « paternalisme » pose en effet difficulté. Si les incitations sont mises en place dans l'intérêt de l'individu afin d'orienter ses actions, cela implique clairement que l'auteur du *nudge* décide a priori à la place de l'individu quelle est la « meilleure décision » pour lui. Thaler et Sunstein affirment ainsi qu'« il est légitime d'influencer, comme tentent de le faire les architectes du choix, le comportement des gens afin de les aider à vivre plus longtemps, mieux et en meilleure santé »<sup>100</sup>. Or, si ces derniers affirment que le *nudge* « n'implique aucune coercition »<sup>101</sup>, le *nudge* demeure prescriptif. Les auteurs l'admettent eux-mêmes : « dans des domaines aussi variés que l'épargne, les dons d'organe, le mariage et la santé, nous formulerons des suggestions prévues dans la ligne de notre philosophie générale ». Le *nudge* résulte donc nécessairement d'un choix politique : l'auteur du *nudge* choisit la norme de comportement préférable, au terme d'un bilan cout/avantages qu'il effectue lui seul<sup>102</sup>.

En réalité, et plus encore, le fait que l'auteur du *nudge* définisse arbitrairement la « bonne décision » est même une condition de l'efficacité du *nudge*. Pour produire un *nudge*, son auteur doit inciter à une norme de comportement qu'il doit déterminer lui-même. Ainsi qu'il a déjà été dit, pour orienter certains choix, l'auteur du *nudge* sera conduit à définir certains seuils, certaines normes, certains niveaux qu'il préconisera. Bien évidemment, certaines techniques d'incitation ne fonctionneront dans certains cas pas en l'absence d'une telle norme de référence présentée au destinataire du *nudge*. La méthode et le fond sont ainsi liés.

**Les difficultés liées au caractère « libertaire » des *nudges*.** La théorie se vante de préserver la liberté et le consentement. En réalité, elle préserve

---

<sup>98</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 40.

<sup>99</sup> Ref.

<sup>100</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 24.

<sup>101</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, p. 34.

<sup>102</sup> R. Thaler, C. R. Sunstein, *op. cit.*, pp. 36-37. Prenant l'exemple de l'option choisie par défaut en cas d'absence de choix du salarié en matière de régime de retraite (reconduction du régime antérieur ou retour à zéro), l'auteur va considérer que telle option est « préférable » à une autre. C'est donc cette première qui doit s'appliquer en l'absence de choix du salarié. Elle doit permettre, selon les auteurs, de leur faciliter la vie » p. (3). « Nous sommes heureux de penser que beaucoup de professeurs étourdis auront, grave à notre initiative, une retraite plus confortable » (p. 38). Quid de son consentement dans cette affaire ?? Le *nudge* préconise de violer la loi : il y a reconduction automatique du contrat sans consentement...

uniquement une illusion de liberté subjective, tout en incitant à un comportement prédéterminé. La contrainte est peut-être plus forte en réalité, et le *nudge* n'est pas si « libertaire » qu'il n'en a l'air. Si les individus restent libres de décider de ce qu'ils veulent, le *nudge* ne préserve pas pour autant leur liberté. En réalité, une décision est suggérée, le choix est souvent limité entre l'adopter ou ne pas l'adopter. Or, il existe la plupart du temps d'autres voies – non transparentes car non évoquées par les auteurs du *nudge* – adoptables, même si ce ne sont pas celles souhaitées par les auteurs du *nudge*.

Certes, cette difficulté ne concerne pas tous les *nudges*. Baldwin distingue trois degrés de *nudges*, présentant chacun ses propres caractères et difficultés<sup>103</sup>. Le premier degré englobe les simples avertissements, ou « reminder » (ex. de l'agenda, qui indique telle chose à faire à telle date), qui respectent totalement l'autonomie individuelle. Dans un second degré de *nudge*, une règle par défaut va trouver à s'appliquer, sauf si l'individu en décide autrement (ex. : don d'organe). Dans ces cas, une décision peut résulter de l'inertie humaine. Le troisième degré de *nudge* constitue celui qui porte la plus forte atteinte à la liberté individuelle, « parce qu'il implique une manipulation comportementale dans une mesure que les autres nudges n'ont pas ». Ainsi, un paquet de cigarettes pourrait montrer un affichage graphique d'un cadavre. Il s'agit d'une « manipulation » qui découle, « de l'utilisation d'un message avec un pouvoir émotionnel qui bloque la considération de toutes les options et menace la capacité de l'agent à agir selon ses propres préférences (par opposition à celles de quelqu'un d'autre) ».

Le consentement de l'utilisateur est encore plus ignoré quand le *nudge* se transforme en technique de manipulation ou, pire, en mensonge. Le cas de la SNCF est éloquent. Depuis juin 2017, la SNCF expérimente la technique du "nudge" pour réduire les incivilités dans les transports en commun. La société souhaite « modifier les mauvais comportements de certains voyageurs », qui seraient aujourd'hui la cause d'environ 20% des perturbations dans les transports publics. En ce sens, elle a élaboré deux nudges dont l'effectivité n'a d'égale que l'importance du mensonge qu'ils recèlent. Ainsi, « au lieu de mettre un sens interdit qui donne bien l'idée qu'on n'a pas le droit d'y aller mais qu'il y a bien un chemin, on met un panneau voie sans issue. On a baissé de 50% le mauvais sens d'utilisation sur l'un de nos souterrains ». Plus (pire ?) encore, afin d'inciter les voyageurs à valider leur titre de transport, a été « mis en place au-dessus des valideurs une signalétique avec des arbres qui montre que chaque fois qu'on valide, on va planter un arbre ». Ici, l'incitation se transforme en mensonge (éhonté) et relève de la manipulation. En tout état de cause, le *nudge* ne sert pas

---

<sup>103</sup> R. Baldwin, « Nudge, three degrees of concern », 2015 (working paper), <http://ssrn.com/abstract=2573334>.

réellement directement un intérêt public, mais l'intérêt de l'entreprise publique à recueillir les données de ses usagers.

**La question de l'efficacité des *nudges*.** Les *nudges* sont souvent présentés comme des outils souvent simples, effectifs et peu onéreux pour les politiques publiques. Or la préparation du *nudge*, si l'on en croit la SGMAP<sup>104</sup>, nécessite du temps et des moyens. L'analyse comportementale préalable pose elle-même des difficultés, notre irrationalité n'étant pas si simple à cerner. D'ailleurs, aujourd'hui, l'élaboration de *nudges* est devenue un marché pour des start-ups et cabinets de conseil.

Plus encore, l'effectivité de certains *nudges* est largement douteuse. Certains *nudges* sont simplement anecdotiques en termes de résultats. Un exemple symptomatique est celui du travail réalisé par l'unité *nudge* de BVA (*Nudge France*), consistant à réduire la « perception » de la malpropreté dans les trains OuiGo de la SNCF. Au final, l'unité avait proposé de décorer la poubelle d'un autocollant pour la transformer en monstre et inviter ainsi les enfants à mieux la nourrir. Ce *nudge* a seulement permis de réduire de 10 % l'impression de malpropreté des usagers de OuiGo.

En outre, le caractère éphémère de certains *nudges* ne change pas toujours durablement les habitudes. Les *nudges* ont alors une efficacité à la marge puisqu'ils ne pénètrent pas le champ de conscience des individus et ne permettent pas de remise en cause de. Le terme « coup de pouce » est d'ailleurs explicite sur ce point.

A l'inverse, une certaine tyrannie du *nudge* pourrait s'installer. Les spécialistes du domaine de la santé ont ainsi relevé une « tyrannie de la santé », avec des individus obsédés d'adopter des habitudes de vie saines et stressant quand ils manquent d'apports extérieurs. Dans le même sens, en matière écologique, beaucoup d'auteurs notent la présence d'effets pervers, par exemple l'effet rebond : un comportement plus vertueux adopté grâce à un *nudge* peut entraîner une moindre vigilance par ailleurs.

Toutes ces difficultés ne doivent toutefois pas masquer la principale, celle de la légalité des *nudges*.

## B. LA LEGALITE DES *NUDGES* ; DES NORMES A L'ABRI DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Si le *nudge* n'est qu'un acte d'exécution, on sait que les risques d'atteinte aux libertés sont contenus précisément dans ce type d'actes (ex. circulaire étrangers). Se pose alors le problème des *nudges* qui incitent à des comportements illicites, voire pénalement sanctionnés. Une telle difficulté est

---

<sup>104</sup> J. Chevallier, « La modernisation de l'action publique en question », RFAP, 2016, p. 585.

particulièrement prégnante en droit de la santé, ou un nudge pourrait porter atteinte à la liberté du patient de consentir à un traitement médical par exemple. Un contrôle juridictionnel sur les *nudges* publics est donc particulièrement nécessaire. Or, ce dernier n'existe pas pour l'heure.

**La qualification des *nudges* : des actes administratifs de droit souple.**

Les *nudges*, quand ils sont adoptés par l'administration, doivent être analysés en des actes administratifs non décisifs<sup>105</sup>. Quand ils sont relatifs au fonctionnement interne de l'administration, ils pourraient être qualifiés de mesures d'ordre intérieur. Mais, la plupart du temps, les *nudges* s'apparentent largement à du droit souple. Le droit souple « correspond à une normativité non prescriptive qui oriente le comportement de ses destinataires sans pour autant les contraindre »<sup>106</sup>. Il s'agit d'actes qui se situent « aux confins du droit »<sup>107</sup> et qui « ne cré[ent] de droit ou d'obligation juridiques pour quiconque », de normes « qui n'ont aucun effet juridique » : les administrés, et plus particulièrement les acteurs du marché dans le cadre de la régulation économique, « ne sont nullement tenus de suivre la position de ces autorités d'un point de vue juridique »<sup>108</sup>. Le droit souple est certes une norme, un modèle de comportement ; mais cette norme ne produit aucun effet juridique, uniquement des effets pratiques « notables, notamment de nature économique »<sup>109</sup>.

**L'inadaptation du contentieux administratif aux *nudges* : l'exclusion du contrôle juridictionnel.** On l'a vu, l'un des difficultés principales causée par les *nudges* tient à leur légalité. L'édition de *nudges* administratifs nécessite par conséquent l'existence d'un contrôle juridictionnel sur ces *nudges*. Or, ce contrôle n'existe pas pour l'heure. En effet, si les actes de droit souple sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel<sup>110</sup>, le juge administratif a limité le recours en excès de pouvoir aux seuls actes de droit souple des autorités de régulation. Par conséquent, l'ensemble des *nudges* adoptés ou mis en œuvre par des administrations traditionnelles, comme un ministère ou le SGMAP, ne sont toujours pas susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux. Il y a là une raison supplémentaire qui devrait inciter le juge administratif à élargir la recevabilité des recours contre les actes de droit souple.

En tout état de cause, même s'il était recevable, le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif ne serait pas nécessairement adapté. D'abord,

---

<sup>105</sup> Depuis l'entrée en vigueur du CRPA, la catégorie des actes administratifs unilatéraux comprend les actes administratifs décisifs (aussi appelés « décisions ») et non décisifs (L. 200-1 al. 1 CRPA).

<sup>106</sup> B. Lavergne, V° *Droit souple*, in *Dictionnaire des régulations*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais, A. Sée (dir.), LexisNexis, 2015, p. 598

<sup>107</sup> G. J. Guglielmi, « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? », Mél. A. Fenet, Litec, 2008, p. 675

<sup>108</sup> Communiqué de presse du CE.

<sup>109</sup> CE, Ass., 2016, Fairvesta et Numéricable.

<sup>110</sup> *Ibid.*

parce que les *nudges* ne résultent pas nécessairement d'un acte, mais parfois d'une pratique administrative. Or, de telles pratiques relèvent d'un angle mort du contrôle juridictionnel en excès de pouvoir. Plus encore, et surtout, c'est le temps du contrôle juridictionnel qui est inadapté : le juge intervient en effet au moment où le *nudge* a déjà produit l'essentiel de ses effets. D'ailleurs, pour ces raisons, les procédures de référé semblent inenvisageables<sup>111</sup>. Seul demeure ouvert, dans ces conditions, le contentieux de la responsabilité<sup>112</sup>. On comprend alors que le droit administratif risque de devoir une fois encore se renouveler pour s'adapter à ces nouvelles formes de normativité, tout en tentant de préserver la souplesse de l'instrument.

---

<sup>111</sup> Le référé suspension est irrecevable quand l'acte dont la suspension est demandée a été totalement exécuté (ref.). En référé liberté, l'exécution totale de l'acte litigieux révèle l'absence d'urgence, rendant la procédure irrecevable (ref.).

<sup>112</sup> CE, Sect, 31 mai 2003, Crédit Mutuel.

# LES POLITIQUES PUBLIQUES EN MATIÈRE SCOLAIRE DES DEUX COTES DE L'ATLANTIQUE

Réflexions à partir de la loi fédérale « *no child left behind* » 2002-  
2014

Par  
Marc DEBENE  
Ancien recteur  
Professeur émérite des Universités

Aux États-Unis, la « crise de l'éducation », caractérisée par une « baisse constante des niveaux perceptibles à travers tout le système scolaire » (Hanna Arendt<sup>1</sup>) est un thème récurrent. Le même discours est régulièrement tenu en France où l'on a pu diagnostiquer une double crise, crise de l'égalité, crise de l'institution, illustrant le mot de Péguy selon lequel la crise de l'éducation est une crise de civilisation<sup>2</sup>. Si la litanie récurrente sur la baisse de niveau a pu être relativisée<sup>3</sup>, la maîtrise des fondamentaux (lire, écrire, compter) n'est pas assurée<sup>4</sup>; des enquêtes nationales le montraient quand la société en a pris conscience sous l'effet du « choc PISA » (programme mesurant les acquis des élèves de 15 ans en lecture et en math, organisé par l'OCDE depuis 2000) ; au-delà de ses réussites, l'école française abrite une proportion importante d'élèves en grande difficulté scolaire ; les inégalités sociales sont plus marquées que dans la plupart des autres pays de l'OCDE ; non seulement l'ascenseur social est en panne, mais les processus de scolarisation et d'orientation renforcent les

---

<sup>1</sup> H Arendt, La crise de l'éducation, in *La crise de la culture*, rad.fr. Folio essais, 2017

<sup>2</sup> C Laval, Les deux crises de l'éducation, *Revue du MAUSS*, 2006/2 (n° 28), **Pages** : 480

<sup>3</sup> C Baudelot et R Establet, *Le niveau monte. Réfutation d'une vieille idée concernant la prétendue décadence de nos écoles*, Seuil, 1989.

<sup>4</sup> MEN, Direction de l'évaluation, de la prospective et de la performance (Depp), « Lire, écrire, compter : les performances des élèves de CM2 à vingt ans d'intervalle 1987-2007 » concluant notamment qu'en lecture « deux fois plus d'élèves (21 %) se trouvent en 2007 au niveau de compétence des 10 % d'élèves les plus faibles de 1987 »

inégalités ; l'illettrisme, le décrochage scolaire, les sorties sans qualification sont autant de symptômes qui touchent avant tout les enfants des familles relevant des catégories socio-professionnelles défavorisées; l'échec scolaire est d'abord un échec social. Si l'on a pu soutenir que les inégalités sociales de carrières scolaires sont plus faibles aux États-Unis qu'en France<sup>5</sup>, les performances scolaires y dépendent de facteurs sociaux qui tiennent certes au niveau de vie mais aussi à l'appartenance à divers groupes ethniques (*blacks, hispanics, whites*)<sup>6</sup> ; l'école doit « réussir cette gageure de fondre les groupes ethniques les plus divers en un seul peuple » (Hannah Arendt). En France, la tradition républicaine excluant la reconnaissance des groupes entraîne une ignorance statistique<sup>7</sup> qui l'englobe dans la question sociale, tout au plus territorialisée par les politiques d'éducation prioritaire<sup>8</sup> ; mais la question des origines n'en existe pas moins; les enquêtes PISA ont montré qu'en dix ans, l'écart de performances scolaires entre les élèves issus de l'immigration et les natifs s'est accru<sup>9</sup>.

Or, l'idée selon laquelle le droit à l'éducation est « un droit civique inaliénable » (H. Arendt) a été reprise tant par les conventions internationales (Ainsi, les articles 28 et 29 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant de 1989 reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation) que par la loi française (loi d'orientation de 1989, loi Avenir de l'école de 2005, loi de refondation de l'école de la République de 2013, codifiées par l'article L. 111-1 du Code de l'éducation qui le garantit au nom de « l'égalité des chances », affichant l'objectif de « la réussite de tous » et la perspective de « l'inclusion

---

<sup>5</sup> M Duru-Bellat et Kieffer, (1999) La démocratisation de l'enseignement revisitée, Cahiers de l'IREU, n° 60, Dijon. 1999 Une explication en est que le système américain est moins compartimenté en filières que le système français. On peut considérer que le tronc commun y dure jusqu'à la fin du second degré, et ce depuis les années 1920 ; Hannah Arendt Une explication en est que le système américain est moins compartimenté en filières que le système français. On peut considérer que le tronc commun y dure jusqu'à la fin du second degré, et ce depuis les années 1920 .H Arendt pensait c'est l'enseignement primaire qui continue;

<sup>6</sup> D Meuret, Horizons de justice de l'école, en France et aux États-Unis, Education et didactique, PUR-Réseau Ouest Atlantique, vol 1 - n°3 | Décembre 2007 ; Varia, p.71-77

<sup>7</sup> La loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 réprime le fait de recueillir et d'enregistrer des informations relatives aux origines ethniques ou à l'appartenance religieuses des personnes interrogées (sauf dérogations , en particulier sur le lieu de naissance et si les questions sont pertinentes par rapport à la finalité de l'enquête ; voir en Nouvelle-Calédonie pour un recensement et pour une enquête de l'INED en 2008-2009 disposition permettant le dénombrement des groupes ethniques ; par ailleurs, le CC décision du 15 novembre 2007, a décidé la non-conformité d'un art. sur la réalisation de traitements de données à caractère personnel faisant « apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques ») : « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race.

<sup>8</sup> CNESCO, *Mixités sociale, scolaire et ethnoculturelle à l'école : quelles politiques pour la réussite de tous les élèves ?* (juin 2015).

scolaire de tous les enfants sans aucune distinction »). Pour tenter de réaliser cette promesse, les pouvoirs publics comme les acteurs du monde éducatif affichent leur volonté avec des formules du type « Ne laisser personne au bord du chemin » que l'on retrouve tant dans le discours des responsables politiques ou académiques<sup>10</sup> que dans les projets d'établissement ; on peut y voir une traduction approximative du slogan popularisé par la loi fédérale de 2002 « No child left behind », affichant un « slogan formidablement bien trouvé : compréhensible par tous, combatif, humaniste pour agir au service de l'égalité des chances »<sup>11</sup>. S'inscrivant dans le cadre des politiques d'éducation compensatoire ou de discrimination positive<sup>12</sup>, elle modifie le premier paragraphe (« title one ») de la loi de 1964 sur la grande pauvreté (Lyndon B. Johnson), modifiée en 1994 (Bill Clinton) apportant un financement fédéral toujours plus important pour lutter contre les inégalités<sup>13</sup>.

A la même période, celle de la globalisation, quand les organismes internationaux affichent des objectifs (PNUD, *Objectifs du Millénaire pour le développement, notamment l'éducation primaire pour tous*, 2000), développent des stratégies (Union européenne, *Stratégie de Lisbonne*, mars 2000), adoptent des approches issues du management privé (standards, performance, compétence, bonnes pratiques, évaluation, responsabilisation...), les deux pays vont se doter d'objectifs chiffrés et tenter d'introduire une régulation par les résultats. « Comme la LOLF en France, la loi dite NCLB a été adoptée de façon consensuelle par la majorité et l'opposition » note Alain Supiot qui y voit deux illustrations du « gouvernement par les nombres »<sup>14</sup>. En France, les députés et sénateurs adoptant à la quasi-unanimité la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001 ont voulu mettre en place à la fois une réforme budgétaire (la nouvelle constitution financière de la France) et une méthodologie pour le changement administratif substituant une logique de résultats à une logique de moyens<sup>15</sup>. La loi NCLB, votée par le Congrès la même année, est issue d'un consensus éphémère, les républicains privilégiant l'efficacité, les démocrates l'équité. Si elles se fondent sur le même postulat (la

---

<sup>10</sup> W. Marois, « Ne laisser personne au bord du chemin », *Revue Administration et Education*, 2017-3, p.73

<sup>11</sup> M. Foucault, « No Child Left Behind, entre espoir et déception », *Revue Administration et Education*, 2017-3. Sur cette loi voir aussi F. Vergniolle de Chantal « *Les paradoxes politiques du No Child Left Behind* » Textes et Contextes, Université de Bourgogne, Centre Interlangues TIL, 2008, pp.126-137 ; M. Montagutelli, l'école américaine dans la tourmente de « No child Left Behind » *Revue française d'études américaines* 2009 1 n°119 pp.94-105 ; A. Gamoran, Bilan et devenir de la loi « No child Left Behind », *Revue française de pédagogie*, n°178, janvier-mars 2012 p.13-26

<sup>12</sup> Voir G. Calvès, *La discrimination positive*, Que sais-je ? n°3712, PUF, 3<sup>e</sup> éd. 2010.

<sup>13</sup> Sur l'école et la grande pauvreté en France, voir J.-P. Delahaye, *Grande pauvreté et réussite scolaire. Rapport IGEN*, Mai 2015.

<sup>14</sup> A. Supiot, *La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p.231.

<sup>15</sup> A. Barilari, M. Bouvier, *la LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'État*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 2010.

responsabilisation des acteurs augmentera la performance), l'une est générale (et pourra être déclinée dans le secteur de l'éducation), l'autre est spéciale ; toutes deux fixent des objectifs à partir desquels pourront être appréciés les résultats et s'inscrivent dans une logique financière, la structure fédérale des États-Unis imposant à l'Union des interventions financières (subventions).

Les contextes sont certes différents tant sur le plan social (notamment socio-ethniques) qu'institutionnel ; aux États-Unis, l'éducation est une affaire locale ; elle relève de la compétence des États<sup>16</sup>, et est gérée par 11 000 districts (*school boards*) ; il n'y a ni diplômes nationaux, ni programmes nationaux, ni fonction publique enseignante, ni corps d'inspection. Chaque système éducatif a en outre des références théoriques porteuses de conceptions différentes de l'école, le pragmatisme démocratique de John Dewey s'opposant à l'approche d'Émile Durkheim voyant dans l'éducation une socialisation méthodique non utilitariste<sup>17</sup>. Mais la scolarité obligatoire jusqu'à 16 ans, la prédominance des établissements publics (coexistant avec les écoles privées dont l'existence est garantie par la Cour suprême<sup>18</sup> comparable aux décisions du Conseil constitutionnel) dont l'autonomie pédagogique est ici et là plus ou moins limitée permettent de rapprocher les deux systèmes ; des liens plus récents peuvent être constatés ; ainsi, les évaluations standardisées utilisées en France auraient à l'origine été directement puisées aux États-Unis<sup>19</sup>. Aussi, peut-on mettre en parallèle les deux approches, comparer les principes et tenter de rendre compte des raisons de l'échec de la loi fédérale de 2002, parfois présentée comme une loi de nationalisation, renforçant le rôle du gouvernement fédéral, exigeant des États qu'ils fixent des objectifs de performance et rendant les districts et les établissements responsables de la réalisation des objectifs en prévoyant des sanctions qui frappent par leur radicalité (licenciement des personnels, fermeture des établissements) ; remplacée en 2015 par une loi réaffirmant la volonté d'excellence pour tous mais retenant des moyens plus incitatifs que répressifs (loi ESSA, B. Obama), elle n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir dont la philosophie semble étrangère à la nouvelle administration (2017)<sup>20</sup>. Mais, son importance dont témoigne la littérature spécialisée<sup>21</sup>, peut permettre quelques observations comparatives. Que vise-t-on ? Que fait-on des résultats ?

---

<sup>16</sup> Le *secretary for education* auprès du président des États-Unis n'est apparu qu'en 1980.

<sup>17</sup> D. Meuret, *Gouverner l'école, Une comparaison France/États-Unis*, PUF, 2007, p.27 et s.

<sup>18</sup> Cour suprême des États-Unis, 1925, Cas *Pierce v. Society of sisters*, 268, US, 510 Invalidité d'une loi de l'Oregon imposant à tous les élèves de fréquenter l'école publique.

<sup>19</sup> X. Pons, *L'évaluation des politiques éducatives*, Que sais-je ? n°3914, 2011, p.26.

<sup>20</sup> Betsy Devos, secrétaire à l'éducation de Donald Trump, critique l'école publique et de bureaucratie fédérale et souhaite l'ouverture du système éducatif aux entrepreneurs et aux innovateurs.

<sup>21</sup> Ainsi, dans une note problématique sur l'autonomie des établissements scolaires, France-Stratégie se doit de faire une référence à la loi NCBL malgré son abandon alors déjà ancien, France Stratégie, *Quelle autonomie pour les établissements scolaires ?* Décembre 2016.

## I. QUELS OBJECTIFS ? LA TENTATION DU « GOUVERNEMENT PAR LES NOMBRES »

En rapprochant la loi NCLB de la LOLF, Alain Supiot se réfère aux objectifs et indicateurs de performance prévus dans les programmes et les missions des lois de finances adoptées depuis 1986 et nous invite à les comparer avec les indications chiffrées introduites par le législateur fédéral. En fait, ces objectifs et indicateurs lolfiens reprennent des objectifs introduits préalablement par les lois d'orientation (1989) et de programmation (2005) ; si toute loi a un but, une finalité, la pratique législative a pu les formaliser, notamment en utilisant des chiffres pour fixer les cibles à atteindre ; en recourant aux objectifs chiffrés, on a voulu se doter d'outils simples, lisibles, comparables, permettant de rendre compte<sup>22</sup>. Encore faut-il déterminer ce que l'on cherche alors à mesurer ; la comparaison montre qu'ici on est parti des flux, là des compétences pour ici et là faire la synthèse des deux approches.

A. En France, on a d'abord privilégié les flux. La loi d'orientation de 1989 a voulu à la fois éviter les sorties du système éducatif sans qualification et élever le niveau de connaissances en favorisant la poursuite des études jusqu'au baccalauréat.

Pour permettre à tous les élèves de s'insérer dans la vie professionnelle, le premier objectif est alors de conduire en dix ans l'ensemble d'une classe d'âge à un diplôme professionnel de niveau V atteint en préparant et obtenant soit un certificat d'aptitudes professionnelles (CAP), soit un brevet d'études professionnelles (BEP) ; 100% des élèves doivent avoir acquis au terme de leur formation scolaire une qualification reconnue<sup>23</sup> ; l'objectif est ambitieux, s'apparentant à la démarche managériale du zéro défaut<sup>24</sup>, mais ne sera jamais atteint ; au début des années 2000, on dénombrait encore 170.000 élèves sortant du système scolaire sans qualification ; aussi, en 2013, le législateur doit-il procéder à une rectification en affirmant vouloir réduire par deux la proportion des élèves qui sortent du système scolaire sans qualification<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> M. Debène, « Le verbe et le chiffre : quelques observations sur la formulation des objectifs législatifs », in *Etudes en l'honneur du professeur Michel Bazex, droit et économie, interférences et interactions* » LITEC, 2009, pp. 73-91.

<sup>23</sup> Code de l'éducation, art.L.111-6, modifié en 2005.

<sup>24</sup> Objectif caractérisant la gestion totale de la qualité pour assurer l'efficacité et l'efficience d'une entreprise

<sup>25</sup> Loi d'orientation et de programmation n°2013-595 de refondation de l'école de la République du 8 juillet 2013, Rapport annexé. Le nombre d'élèves quittant le système éducatif sans un niveau de qualification reconnue a considérablement baissé en trente ans, passant de 170 000 à 42 000. Au cours des dix dernières années, la baisse s'explique essentiellement par la réduction des abandons d'études au collège et en début de C.A.P. et B.E.P., et non par un simple effet démographique ; v. CNESCO « Prévention et intervention : comment agir efficacement face au décrochage scolaire ? » (novembre 2017).

La loi d'orientation de 1989 a par ailleurs voulu amener 80% d'une classe d'âge au niveau du baccalauréat ; l'idée faisait l'objet d'un consensus politique, tant des partisans d'une démocratisation de l'enseignement que des modernisateurs souhaitant répondre aux besoins d'une économie moderne en invoquant certains modèles étrangers (notamment le Japon) ; on pouvait aussi y voir un moyen de réduire le chômage des jeunes. Dans une première phase (1985-1995), le taux de bacheliers au sein d'une génération a plus que doublé (de 30 % à 63 %), notamment grâce à la diversification des filières et la création des bacs professionnels en 1985 ((40% en filières générales, 15% en filières technologiques, 25% en filières professionnelles); plus que de démocratisation, elle a abouti à une massification génératrice d'illusions<sup>26</sup>; malgré les critiques et l'incompréhension qu'il a pu susciter, l'objectif comme celui concernant le niveau V ont été repris par le législateur en 2005 qui les mentionne dans le rapport annexé à la loi Avenir de l'École<sup>27</sup> ; ils ont été alors complétés par un troisième volet se référant à la stratégie de Lisbonne affirmant la nécessité de conduire 50 % de l'ensemble d'une classe d'âge à un diplôme de l'enseignement supérieur.

Les uns et les autres sont repris chaque année dans les différents programmes des lois de finances. Ainsi, l'un des objectifs fondamentaux de la Mission enseignement scolaire (qui réunit les programmes des ministères de l'éducation nationale et de l'agriculture) est de conduire le maximum de jeunes aux niveaux de compétences attendues en fin de formation initiale et à l'obtention des diplômes correspondants ; indiquant le taux d'accès réalisé ( 78,8 en 2016), elle fixe une nouvelle cible pour 2020 : le taux d'accès au baccalauréat est quant à lui rehaussé à 82% (cible 2020) avec des sous indicateurs pour les différentes voies du baccalauréat et des distinctions selon le genre et prenant en compte les élèves PCS défavorisées ; quant à la mission enseignement et recherche, elle affiche un objectif exprimé en pourcentage d'une classe d'âge obtenant un diplôme de l'enseignement supérieur en formation initiale avec une cible fixé à 50. Cette voie avait été envisagée aux États-Unis où le programme *Goals 2000* fixait un taux de sortie avec un diplôme de fin d'études secondaires à un haut niveau, 90%.

**B.** La loi de 2002 NCBH préféra une approche en termes de compétence (proficient), s'inspirant de la théorie économique du capital humain. L'idée (celle d'empowerment) est d'accroître les capacités de tous d'avoir du pouvoir sur les choses : les compétences visées permettent à chacun de « tenter sa chance » dans la société ; toute personne étant capable d'apprendre (idée reprise depuis 2013 dans l'article L. 111-1 du Code de l'éducation) , l'objectif de l'école américaine

---

<sup>26</sup> S. Beaud, *80 % au bac et après ? Les enfants de la démocratisation scolaire*, La Découverte, 2002.

<sup>27</sup> Le Conseil constitutionnel a toutefois jugé que « ces engagements ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache à la loi » Conseil constitutionnel, n°2005-512 DC, 21 avril 2005, n° 72).

est de permettre à chaque élève d'acquérir un savoir minimum ; en 2014, tous les élèves auraient dû atteindre le niveau proficient (sur une échelle de trois niveaux basic/ proficient /outstanding) en lecture, math et sciences ; on ne raisonne plus en termes de diplômes de sortie mais de standards (savoirs et compétences mesurés par des tests ) ; outre une approche globale, la loi NCLB prévoyait une évaluation des performances scolaires par groupes d'élèves ; comme en France où la loi souhaite une école inclusive (2013), elle prend en considération les élèves à besoins particuliers que sont les primo arrivants, les porteurs de handicaps ou ceux qui vivent dans la grande pauvreté ; mais, la loi définit aussi des groupes socio-ethniques (blancs / noirs / latino / amérindiens / asiatiques), là où en l'absence de statistiques adaptées, le système français ne peut se référer qu'aux territoires (ZEP), au genre et aux catégories socio-professionnelles des familles.

La mesure de l'acquisition des connaissances et des compétences qui est réalisée par les enquêtes PISA a amené le législateur français à introduire la notion de socle commun de connaissances et de compétences (loi de 2005, la loi de 2013 ajoutant un troisième c soulignant l'importance de la culture) ; l'objectif est alors d'amener tous les élèves à maîtriser les connaissances, les compétences et les éléments de culture de base à l'issue de la scolarité obligatoire (loi de 2013, rapport annexé, repris par les projets de loi de finances) ; celui pour 2018 s'ouvre en se référant à une priorité du Président de la République et du Premier ministre : « Il convient avant tout de traiter la difficulté scolaire à la racine : lire, écrire, compter et respecter autrui sont nécessaires pour assurer 100 % de réussite en primaire ». Les indicateurs ne sont toutefois pas aussi optimistes, les prévisions 2018 n'étant que de 94% en lecture et 86% en langage mathématique.

On retrouve alors les critiques formulées aux États-Unis : les objectifs fixés ne sont-ils pas irréalistes (notamment lorsqu'ils évoquent le zéro défaut, 100% de réussite) alors que les résultats des élèves tiennent aussi à leur situation familiale et sociale? La préparation des évaluations n'appauvrit-elle pas l'enseignement (*teaching for test*)? Quid de la liberté pédagogique des enseignants ?

## II. QUE FAIRE DES RÉSULTATS ? LA TENTATION RADICALE

Tant aux États Unis qu'en France, les objectifs fixés par la loi (ou les lois de finances) sont assortis de dispositifs permettant une évaluation des résultats ; des tests ont été conçus pour apprécier la capacité des élèves à maîtriser les connaissances et compétences transmises. La loi NCBL prévoyait que les résultats des tests étaient communiqués aux parents, leur valeur moyenne pour

les différents groupes étant mise en ligne, permettant des comparaisons avec les autres établissements (*benchmarking*). Au-delà des résultats des élèves, ces données doivent permettre d'évaluer l'effet maître (quel est le rôle du maître dans la réussite des élèves ? comment en tenir compte) et de l'effet établissement, enseignants et management pouvant alors être récompensés ou sanctionnés. Au-delà de l'évaluation des résultats se pose la question de leur exploitation. Que faire pour redresser la barre ? Malgré les déceptions qu'elle a pu susciter la loi NCLB propose plusieurs pistes dont la radicalité a contribué à son échec mais qui invitent au débat dans une perspective comparative.

**A.** La loi fédérale de 1982 prévoyait que si les objectifs étaient atteints, l'école était récompensée (primes, *State academic achievement awards*). Dans le cas contraire, les établissements pouvaient être déclarés en défaut (*failure to make Adequate Yearly Progress*) ; des mesures de soutien étaient alors arrêtées dans le cadre d'un plan de redressement de deux ans. Au terme de cette période, l'établissement qui ne réussissait pas à redresser la barre pouvait alors être déclarée *School in need of improvement* ou *school under registration review* ; la loi reconnaissait un « droit de fuite » aux parents qui étaient autorisés à inscrire leurs enfants dans une autre école, l'école de départ devant les aider dans leurs démarches, le district payant le transport. L'établissement devait aussi mettre en place et soumettre au district un *school improvement plan*. Si quatre ans après, il était encore en échec, il devait prendre une série de mesures drastiques, revoir son programme d'études, augmenter la durée journalière et annuelle de la scolarité, remplacer le chef d'établissement et le personnel administratif et enseignant. Au bout de cinq années, l'établissement pouvait être pris directement en charge par l'État ou être érigé en « *charter school* » avec un financement public assurant la gratuité de la scolarité, une grande autonomie et de nouveaux des objectifs fixés par la charte (contrat)<sup>28</sup> ; l'État avait aussi la possibilité de confier la gestion à une entité de management privé. Au-delà de cinq ans, la palette des possibilités portait sur le cœur du système : le changement de chef d'établissement, le remplacement des enseignants (ou d'une partie d'entre eux) la mise en tutelle de l'établissement, la fermeture des établissements.

Si ce système de responsabilité a par la suite été remis en cause tant pour des raisons institutionnelles (critique de la centralisation fédérale) que pour ses effets pervers (les écoles ont baissé leurs standards d'évaluation et, pour améliorer leurs primes, les enseignants ont réduit leurs ambitions pédagogiques à un « bachotage »), il n'en trouve pas moins un écho au-delà de l'Atlantique.

**B.** Les subventions fédérales aux programmes pour élèves défavorisés (qui s'ajoutent aux péréquations) permettent d'aider les Etats, les districts et les établissements en leur apportant un complément de financement. On peut

---

<sup>28</sup> Une autre formule est celle des **magnet schools** avec financement public complémentaire.

comparer cette approche à celle existant en France pour les établissements qui depuis 1981 ont été classés en zones d'éducation prioritaire et forment aujourd'hui des réseaux d'éducation prioritaire (REP et REP+). L'idée était de donner plus à ceux qui ont moins (en termes financiers notamment de masse salariale) mais aussi d'enseigner autrement en mettant l'accent sur le projet et le travail d'équipe ; dans un système unitaire où l'État finance l'enseignement (et aide les familles par des bourses nationales), il ne s'agit que d'un effort complémentaire et limité (le coût d'un lycéen de centre-ville est bien supérieur à celui d'un collégien en REP) ; contrairement au cas américain, le complément ainsi apporté n'est pas conditionné par la nécessité d'assurer une formation adaptée pour les enseignants ou les aides à la parentalité, notamment par des enseignements de langue destinés aux familles. Autre différence : en cas de progrès constatés chez les élèves, les enseignants reçoivent des primes de performance alors que tous les enseignants affectés en ZEP reçoivent un complément de traitement sans rapport avec leur manière de servir.

En reconnaissant aux parents non seulement un droit à l'information et à la communication des résultats mais aussi un « droit de fuite », leur permettant en cas de mauvais résultats constatés dans l'établissement pendant deux ans d'inscrire leurs enfants dans un autre établissement public, la loi posait la question de la sectorisation et du choix de l'établissement public, celle traitée en France sous le nom de carte scolaire. Aucun principe général ne reconnaît aux parents le droit de choisir librement l'établissement public où inscrire leur enfant<sup>29</sup> ; les nécessités de l'organisation de l'enseignement conduisent à définir des secteurs géographiques qui sont déterminés en France par les autorités locales (le conseil municipal fixe le ressort de chaque école, le conseil départemental les secteurs de collège et l'autorité académique en liaison avec le conseil régional les districts) ; les élèves sont affectés par l'autorité académique qui peut accorder des dérogations ; le choix des options comme la fuite vers l'enseignement privé permettent aux familles de développer des stratégies de contournement éloignées de la mixité sociale ; en 2007, l'idée de supprimer la carte scolaire avait été évoquée au nom de la liberté des familles : mais rien n'a changé<sup>30</sup> sinon un certain assouplissement des pratiques administratives amenant la Cour des comptes à regretter le renforcement de la ghettoïsation<sup>31</sup> ; la nouvelle conception de la carte scolaire aurait pu entraîner des déplacements d'élèves pour constituer des établissements plus hétérogènes : des expériences de « *busing* »<sup>32</sup> ont été lancées notamment dans le cadre du plan Espoir banlieue de 2008<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> V. Conseil d'État, 12 octobre 1973, n°84690.

<sup>30</sup> André Legrand, note sous TA Paris, 11. Février 2010, M. Zamour, n°0913418, *AJDA* 2010.1214.

<sup>31</sup> Cour des comptes, 3 novembre 2009 ; voir aussi Médiateur de l'Éducation nationale, Rapport 2013.

<sup>32</sup> Introduit en 1971 aux États-Unis mis dans la ville de Charlotte (Caroline du Nord).

<sup>33</sup> *Le plan espoir banlieue*. Regards sur l'actualité, n° 342, juillet 2008. Dossier coordonné par Bruno Denis (prévoyant aussi la généralisation des écoles de la deuxième chance et les internats d'excellence).

D'autres emprunts au système américain auraient pu être envisagés. La diversité fédérale permet de proposer des solutions radicalement différentes. On pourrait en effet en rester à un système d'affectation administrative en répartissant les élèves de telle façon que le taux d'élèves défavorisés de chaque établissement soient équivalents (Cambridge, Massachussets). A l'opposé, les libéraux proposent de remettre à chaque famille des bons d'éducation (*education voucher*) comme cela a été fait à Milwaukee (Wisconsin) pour les seules écoles privées<sup>34</sup>. Rejetant ces deux modèles antithétiques une direction plus souple a été envisagée en France à partir de 2013 en constituant des secteurs multi-collèges ouvrant un choix aux familles<sup>35</sup>

Le changement de chef d'établissement peut se pratiquer en France en invoquant l'intérêt du service ; on sait en effet que l'arrivée d'un nouveau chef d'établissement, peut avoir un effet positif s'il sait motiver son équipe rapprochée, mobiliser les enseignants, obtenir un changement d'attitude des élèves, améliorant ainsi le climat scolaire et par là même la qualité des apprentissages, la réussite scolaire et l'épanouissement des élèves. Au-delà du changement, on doit insister sur la nécessité d'une formation adaptée (gestion de groupe, conduite du changement, mobilisation de l'ensemble des équipes) et d'un meilleur encadrement de la mission du chef d'établissement qui reçoit une lettre de mission sur la base de laquelle il est évalué. Encore faut-il que cette procédure soit cohérente avec le contrat négocié avec l'autorité académique dont le suivi impose une évaluation de l'établissement.

Le remplacement des enseignants insuffisants sinon incompetents a aussi été préconisé dans le cadre des plans d'ajustement structurel imposés par la Banque mondiale. Ainsi, au Mali, après avoir exigé le licenciement d'un grand nombre d'enseignants, les bailleurs de fonds ont ensuite subordonné l'aide à l'amélioration du taux de scolarité imposant de recruter à la hâte une masse d'enseignants sous qualifiés<sup>36</sup> ; l'amélioration de l'indicateur s'est faite au prix de la dégradation de la formation<sup>37</sup>. En fait, l'amélioration des prestations éducatives passe par un travail de fond ; chacun s'accorde à regretter l'absence de véritable gestion des ressources humaines. En France, les enseignants sont affectés administrativement en fonction de leurs vœux personnels qui privilégient l'attractivité des établissements et des régions (travailler dans un

---

<sup>34</sup> Formule préconisée par Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, 1962, mise en application de manière très limitée au Royaume Uni, en Suède ou aux États-Unis et évoquée en France notamment par SOS Éducation ou Créer son école ; v. J.-D. Nordman, A. Fernandez, *Le droit de choisir l'école*, Lausanne, 2000.

<sup>35</sup> Décret n°2014-800 du 15 juillet 2014, relatif à la coopération entre les services de l'État et le conseil départemental en vue de favoriser la mixité sociale ; une expérimentation pour accompagner la recherche de mixité a été lancée dans une vingtaine de départements en 2015.

<sup>36</sup> O. Sidibé, les indicateurs de performance améliorent-ils l'efficacité de l'aide au développement, Nantes, IEA 2012 cité par A. Supiot, *op. cit.*

<sup>37</sup> France Stratégie, *Quelle autonomie pour les établissements scolaires ?*, Décembre 2016.

collège tranquille et ensoleillé); la création de postes à profil dans les établissements difficiles a été un premier pas ; la question du rôle du chef d'établissement dans le recrutement et la gestion des personnels est ouverte ; elle est indissociable de celle de la formation tout au long de la vie professionnelle pour donner aux équipes éducatives les moyens de s'adapter aux demandes et aux réalités éducatives.

La possibilité radicale de fermer l'établissement défaillant correspond à l'idée « *reconstitution* » utilisée par le juge américain ; saisi par des associations de défense des minorités, il a pu ainsi réagir pour lutter contre les violences scolaires devenues insupportables<sup>38</sup>. En France, l'idée a été évoquée à plusieurs reprises du général de Gaulle à J.-M. Blanquer. Ainsi, les *Mémoires d'Espoir* évoquaient « les résultats d'établissements devenus autonomes et qui devront, ou bien fonctionner comme il faut, ou bien fermer leurs portes et cesser de gaspiller le temps des maîtres et des disciples, ainsi que l'argent de l'État »<sup>39</sup>. En février 2008, le plan « Espoir Banlieue » voulu par le président Sarkozy envisageait de briser les ghettos scolaires en procédant à la destruction des collèges inadaptés et de procéder à l'implantation de nouveaux équipements dans le cadre de la rénovation urbaine. Dix ans plus tard, le ministre Jean-Michel Blanquer évoque la même idée. Pour fermer un établissement public, encore faut-il avoir l'assurance que les élèves pourront trouver une place dans un établissement de meilleure qualité, ce qui n'est le cas ni dans le district de Washington ni dans certains secteurs de la banlieue parisienne !

---

<sup>38</sup> La Cour suprême de Californie, saisie par des associations de défense des minorités, a ordonné que le district de San Francisco « reconstitué » les écoles les moins efficaces. V. GH Hess, « Reconstitution three years later », *Educ and Urban Society*, vol., n°4, p.300 cité par D. Meuret, *op. cit.*

<sup>39</sup> Charles de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, Plon 1970, cité par A. Boissinot, *Dépêche AEF* 2017.



# L'AMÉRICANISATION DU DROIT DES OBLIGATIONS : MYTHE OU RÉALITÉ ?

Par  
Amandine CAYOL  
Maître de conférences en droit privé  
codirectrice du M2 Assurances et personnes  
de l'Université de Caen - Normandie

*Quid leges sine moribus vanae proficiunt ?  
(Que sont les lois sans la morale ?)*

*Horace, Odes, 24, Livre 3.*

Assistons-nous à l'« américanisation » du droit français ? Telle est la question à laquelle ce colloque nous invite à réfléchir de nouveau<sup>1</sup>. Elle connaît un regain d'actualité en droit des obligations du fait, d'une part, de la réforme récente du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>2</sup> et, d'autre part, du projet de réforme de la responsabilité civile dont la dernière version a été présentée le 13 mars 2017. Il a en effet pu être soutenu que certaines évolutions réalisées ou proposées trouveraient leur source en « droit américain ».

Tenter de répondre à cette question suppose au préalable de dépasser plusieurs difficultés. Il règne en effet une confusion fréquente entre les notions de « droit américain » et de « droit anglo-saxon ». Il est ainsi possible de se demander si le sujet donné ne nous invite pas plus largement à nous interroger

---

<sup>1</sup> Voir déjà sur le sujet, P. Mbongo (dir.), *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine : entre points de fixation, représentations et impensés*, Mission de recherche Droit et Justice, 2013 ; *L'américanisation du droit*, APD, t. 45, Dalloz, 2001 ; M.-A. Frison-Roche (dir.), « L'américanisation du droit français », Colloque du Tribunal de grande instance de Créteil du 22 octobre 1990.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

sur l'influence de la *Common Law* sur le droit français. Par ailleurs, la notion de « droit américain » semble à strictement parler indéfinissable. Du fait de la structure fédérale des États-Unis d'Amérique, plusieurs « droits américains » coexistent en réalité : « Le droit des États-Unis comprend (...) 51 droits, le droit fédéral et les droits des 50 États »<sup>3</sup>.

Au-delà des disparités entre les États, il est toutefois possible de dégager quelques traits communs au « droit américain », lesquels révèlent de fortes différences avec le droit français. Le « droit américain » de la responsabilité civile est ainsi caractérisé par l'importance des réparations accordées – en raison de l'existence des punitive damages<sup>4</sup> – quand le droit français est régi par le principe de réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime<sup>5</sup>. Le « droit américain » des contrats est, quant à lui, « axé tout entier sur la réduction du gaspillage économique »<sup>6</sup> : « la préoccupation majeure est devenue celle d'une utilisation rationnelle et d'une distribution efficiente des ressources économiques »<sup>7</sup>. Essentiellement conçu comme un instrument économique<sup>8</sup>, le contrat ne donne en principe lieu qu'au versement de dommages et intérêts en cas d'inexécution<sup>9</sup>. Au contraire, le droit français a adhéré, notamment sous l'impulsion des canonistes, à une vision plus « morale » du contrat : le respect dû à la parole donnée fonde le droit pour le créancier d'exiger l'exécution forcée en nature de la prestation promise.

Ces dissemblances entre les deux systèmes juridiques résultent notamment des liens étroits entretenus par le « droit américain » avec l'analyse économique

---

<sup>3</sup> E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001, p. 3 ; S. Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », in F. Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, op. cit., p. 178.

<sup>4</sup> S. Schiller, loc. cit., p. 178 ; P. Grégoire, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1971, p. 338, n° 324 ; A. A. Levasseur, *Le droit américain*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2018, p. 164-165.

<sup>5</sup> Principe constant depuis Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1954 (*JCP* 1955, II, 8765, note Savatier), dont le projet de réforme de la responsabilité civile propose la consécration (art. 1258). Voir spécialement Ch. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002.

<sup>6</sup> H. Muir-Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », in *L'américanisation du droit*, op. cit., p. 35.

<sup>7</sup> A. A. Levasseur, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p. 10.

<sup>8</sup> F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits anglais et français : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, n° 38 p. 109 : « Le droit anglais (...) conçoit le contrat davantage comme un objet de valeur économique que comme un rapport d'obligations entre deux personnes. »

<sup>9</sup> G. Lardeux, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 4 : dans la *Common Law*, « le contrat est (...) envisagé comme un marché (*bargain*) dont la force obligatoire n'a de fondement qu'économique (...) et dont l'inexécution (*breach of contract*) se résout en principe par l'octroi de simples dommages-intérêts, l'exécution forcée n'étant qu'un remède exceptionnel d'*equity* employé exclusivement lorsque le bien ou le service, objet du contrat, est unique. »

du droit<sup>10</sup>. Né aux États-Unis au début des années 1960 avec les travaux de Coase<sup>11</sup>, le mouvement *Law and Economics* propose d'analyser le droit grâce à des méthodes économiques afin de rechercher les effets économiques des règles juridiques. Après s'être développé dans les années 1970 avec l'« École de Chicago » autour de R. Posner<sup>12</sup>, il est devenu le courant intellectuel dominant dans la doctrine américaine<sup>13</sup>, bien qu'il soit désormais fragmenté en plusieurs écoles de pensée<sup>14</sup>. Il n'a au contraire connu qu'un faible écho en France. Pour l'analyse économique du droit, ce dernier est un outil visant à diminuer – voire idéalement à neutraliser – les coûts de fonctionnement du marché<sup>15</sup> afin de permettre la meilleure allocation possible des ressources et des richesses<sup>16</sup>. Partant du postulat selon lequel « l'homme est rationnel par rapport à ses fins, leur satisfaction, son intérêt »<sup>17</sup> et cherche donc à maximiser son intérêt, le mouvement *Law and Economics* considère que les règles juridiques doivent le conduire à agir dans le sens de la plus grande efficacité économique<sup>18</sup>.

L'importance de l'analyse économique du droit aux États-Unis est sans doute la raison de l'adaptation du « droit américain » aux attentes des entreprises. A en croire les rapports *Doing business* publiés chaque année par la Banque mondiale depuis 2004, la *Common Law* serait plus en phase avec les besoins de la vie économique que le droit français. Un temps source d'inspiration, voire véritable modèle, pour de nombreux législateurs étrangers<sup>19</sup>, le Code civil serait-il dès lors aujourd'hui contraint d'évoluer, en s'inspirant de la *Common Law* et notamment du « droit américain », afin de conserver son attractivité ? En effet,

<sup>10</sup> L'économie du droit peut être descriptive ou normative (B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Ed. De Boeck, 2009, p. 20-32). La seconde est la plus controversée en ce qu'elle semble réduire le droit au rang de simple instrument économique.

<sup>11</sup> R.H. Coase, « *The problem of social cost* », 1960, 3 *Journal of Law and Economics*, 1-44. Pour une traduction française, R.H. Coase, *Le coût du droit*, PUF, 2000.

<sup>12</sup> R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972 (5<sup>e</sup> éd., 1998).

<sup>13</sup> E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, n° 23 p. 7 : « Il est sans doute le courant intellectuel qui a le plus marqué le monde juridique américain depuis un demi-siècle. »

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 12-14.

<sup>15</sup> B. Deffains et E. Langlais, *op. cit.*, 2009, p. 18 : « Le droit chez Coase (...) vient se substituer au marché lorsque celui-ci ne peut pas fonctionner de manière efficace. (...) C'est parce qu'il existe des coûts de transaction que le droit compte » ; B. Lemennicier, *Economie du droit*, Ed. Cujas, 1991, p. 31 : selon le courant de l'école de Chicago, « le droit aurait pour objet de pallier les déficiences du marché ».

<sup>16</sup> F. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2010, p. 5 : « Suivant les thèses néolibérales de l'analyse économique du droit, (...) le droit n'a et ne doit avoir d'autre mission que de favoriser le développement de la production et des échanges, la maximisation des profits et l'allocation optimale des ressources ».

<sup>17</sup> R. Posner, *op. cit.*, p. 1.

<sup>18</sup> H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Ed. Cujas, 2002, p. 39 ; B. Deffains et E. Langlais, *op. cit.*, p. 20 ; Y-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 21 : « La règle efficace est celle qui incite à adopter le comportement (...) menant à la meilleure allocation des ressources ».

<sup>19</sup> Travaux de l'Association H. Capitant, Tome XLIV, *La circulation du modèle français*, Litec, 1994.

« Le prestige s'attache à un système perçu comme répondant de façon plus adéquate aux objectifs les plus valorisés par la communauté internationale ou régionale à un moment déterminé. La romanisation du droit coutumier de la vieille Europe correspondait alors à un besoin de rationalisation dont les conséquences (...) sont ressenties plutôt aujourd'hui comme une pesanteur devant ce qui est perçu comme la souplesse (...) de la common law (...). C'est (...) dans une large mesure le discours de l'efficacité de la common law américaine, lissée et modélisée à l'aune des exigences économiques, qui lui vaut son prestige contemporain »<sup>20</sup>.

Visant expressément à améliorer son efficacité économique, les réformes – récentes et en cours – du droit français des obligations révèlent-elles une infiltration des concepts de *Common Law*, et plus spécialement de « droit américain » ? Un tel résultat serait pour le moins paradoxal. Dans un contexte de concurrence accrue entre les systèmes juridiques<sup>21</sup>, la réforme du droit des obligations a au contraire eu pour objectif originel de défendre les spécificités du droit français : il s'agissait d'une réaction face aux réflexions relatives à l'élaboration d'un droit européen intégré des contrats<sup>22</sup>. Le projet Catala a ainsi été initié à la suite d'un colloque organisé par la faculté de Sceaux sur les Principes du droit européen des contrats (PDEC) issus des travaux de la commission présidée par le professeur Lando<sup>23</sup>. « Le droit de *Common Law* envahissant une bonne partie du monde et, grâce au cheval de Troie britannique, la forme et la substance même du droit européen, la France resterait seule à défendre le droit dit romano-germanique, issu des Lumières, de la Révolution et du Premier Empire, droit écrit, concis, rationnel, synthétique, à vocation universelle, en opposition au droit de *Common Law* jurisprudentiel, processuel, adapté au cas par cas »<sup>24</sup>. La réforme du droit des obligations visait dès lors à moderniser le droit français afin de le rendre plus attractif pour les opérateurs du commerce international<sup>25</sup> et de favoriser son rayonnement européen et

---

<sup>20</sup> H. Muir-Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *loc. cit.*, p. 31.

<sup>21</sup> Ch. Taubira, *JO Sénat*, CR 24 janv. 2014, p. 632 : « Vous le savez, une bataille d'influence se livre en Europe, notamment entre notre droit continental (...) et ce que l'on appelle la *common law* (...). Cette bataille est quotidienne et permanente. »

<sup>22</sup> Sur la résistance face à un projet de Code civil européen, voir G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, 351 ; Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de Monsieur von Bar », *D.* 2002, p. 2202.

<sup>23</sup> F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017 p. 20-21, n°11-42.

<sup>24</sup> E. Maîtrepière et C. Vasseur, « Le droit français : la fin d'une ère ? », *Culture Droit*, déc. 2007- janv. 2008, p. 30.

<sup>25</sup> C. Champalaune, « Les grands traits de la réforme », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 15 : « Cette réforme a pour ambition de redonner à notre droit son attrait et son rayonnement, notamment auprès des acteurs économiques ».

international<sup>26</sup>. Deux voies ont été parallèlement suivies pour ce faire. Il s'est agi, d'une part, de rendre la règle de droit plus intelligible et accessible<sup>27</sup> en codifiant la jurisprudence et, d'autre part, de la moderniser afin, notamment, de l'adapter aux besoins du monde des affaires<sup>28</sup>.

Plus qu'à une « américanisation », on assisterait ainsi à une « libéralisation » de la règle de droit sous l'effet de la mondialisation des échanges et de la mise en concurrence des systèmes juridiques. Comme l'organisateur de ce colloque le suggérait dès le texte de présentation, l'« américanisation » alléguée ne traduit-elle pas simplement la tentative du droit français d'optimiser le rôle joué par la règle de droit dans la création des richesses produites par le marché ? Ne faut-il pas cependant craindre alors un asservissement du droit à l'économie<sup>29</sup> ? Résultant d'une vision mercantile et utilitariste<sup>30</sup> du droit, l'analyse économique du droit malmène a priori la morale<sup>31</sup>. Elle risquerait de désacraliser la règle de droit, laquelle ne peut être réduite au rang de simple instrument au service d'objectifs purement économiques<sup>32</sup>. « L'art juridique est à la quête d'une fin, non d'un but »<sup>33</sup> : le droit a pour rôle de promouvoir la justice et l'équité dans les relations humaines,

---

<sup>26</sup> F. Ancel, « La réforme du droit des contrats : méthodologie », in *La réforme du droit des contrats*, Actes du colloque tenu à Montpellier le 3 juillet 2015, Ed° Faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 28. Ceci est expressément affirmé dans le rapport remis au président de la République avec l'ordonnance du 10 février 2016, aux termes duquel un des objectifs poursuivis par la réforme du droit des contrats « est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, économique ».

<sup>27</sup> Cour de cassation, *Rapport du groupe de travail sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007 ; P. Mbongo (dir.), *op. cit.*, p. 14 : « La « résistance » à l'américanisation passe (...) par une sorte de retour aux sources du « modèle français » à travers une exigence accrue d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ».

<sup>28</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Les enjeux majeurs de la réforme, « Attractivité, Sécurité, Justice » », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 20 : « Si le but de la réforme est bien de favoriser l'attractivité et le rayonnement du droit français, elle doit prendre particulièrement garde aux besoins de la communauté des affaires ».

<sup>29</sup> C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, p. 215 : l'« esprit du Droit Economique est guidé par l'idée que (la) science (juridique) est la servante de l'économie et non sa maîtresse » ; A. Jacquemin, « Le droit serviteur de l'économie ? », *RTD com.* 1972, p. 283.

<sup>30</sup> L'utilitarisme postule que l'utile est l'égal du juste. Le principe d'utilité chez Bentham conduit à rechercher « le plus grand bonheur pour le plus grand nombre » (Ch. Chauvet, *Jeremy Bentham. Vie, œuvres, concepts*, Ellipses, 2010, p. 52). Les dérives sacrificielles de l'utilitarisme ont été dénoncées : l'utile n'est plus juste s'il conduit à sacrifier certains individus au détriment de la communauté. John Rawls a ainsi cherché à instituer les principes de justice susceptibles de définir les limites que ne devront pas dépasser les inégalités pour être justifiées (M. Nabirire, *Introduction à la pensée de John Rawls : sur l'idée d'inégalités justes*, Ed. Connaissances et savoirs, 2017).

<sup>31</sup> Comp. J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4 : Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n°22 p. 66 « S'il est vrai que l'immoralité a deux pôles, l'un le sexe, qui attire les vantardises, l'autre, l'argent, qui affectionne le silence – c'est surtout à l'immoralité de l'argent que le contrat est vulnérable. »

<sup>32</sup> B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD, t. 37, Sirey, 1992, p. 25 « C'est pervertir le droit des biens, des contrats, de la responsabilité, de la famille, en les transformant en instruments de politique économique. » ; H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *loc. cit.*, p. 40.

<sup>33</sup> M. Villey, « Préface historique », in *L'utile et le juste*, APD, t. 26, p. 10.

de participer au maintien ou à la défense de valeurs, et non seulement de présenter une utilité économique<sup>34</sup>. Ainsi, « s'il est évident que le droit des obligations ne peut rester indifférent aux impératifs du marché économique, il est tout aussi évident qu'il ne peut pas, qu'il ne doit pas être absorbé par les lois de l'économie. (...) Si l'impératif d'efficacité économique doit éclairer et orienter le droit des obligations, il ne peut pas lui dicter la voie de la justice »<sup>35</sup>.

En réalité, les changements réalisés ou proposés par les réformes du droit des contrats et de la responsabilité civile révèlent certes une analyse plus économique de la règle de droit, conduisant à une indéniable libéralisation de cette dernière et à un rapprochement avec le système juridique américain (I). Cette libéralisation reste toutefois mesurée, le droit français demeurant le vecteur de valeurs morales et sociales (II).

## I. UNE LIBÉRALISATION NOTABLE : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT DES OBLIGATIONS

A la lecture du projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017, la responsabilité civile paraît conçue comme un mécanisme incitatif permettant de diminuer les externalités négatives (A). Le contrat semble quant à lui traité dans l'ordonnance du 10 février 2016 comme un instrument au service des échanges économiques (B).

### A. LA RESPONSABILITE CIVILE, UN MECANISME INCITATIF PERMETTANT DE DIMINUER LES EXTERNALITES NEGATIVES

Deux fonctions sont traditionnellement attribuées au droit de la responsabilité civile : réparer le préjudice subi par la victime et sanctionner les comportements fautifs<sup>36</sup>. A la suite du développement des régimes de responsabilité objective, la responsabilité civile est aujourd'hui présentée comme essentiellement indemnitaire<sup>37</sup> : son objectif est de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. L'analyse

---

<sup>34</sup> Insistant sur le caractère parfois « inutile » de la règle de droit, P.-Y. Gautier, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797-834.

<sup>35</sup> D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, p. 69 n°3.

<sup>36</sup> Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2016, n° 12-15, p. 9-11.

<sup>37</sup> A. Tunc, « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », in *Mélanges offerts à Dorhout Mees*, p. 143.

économique du droit met au contraire l'accent sur sa fonction normative. La responsabilité civile devrait inciter à éviter les comportements socialement nuisibles. Son objet serait d'internaliser les externalités négatives grâce à des règles conduisant les agents à prendre suffisamment de précautions pour empêcher la réalisation du dommage ou le réduire<sup>38</sup>. La perspective du coût de la réparation des préjudices subi par la victime devrait mener chacun à prendre toutes les mesures nécessaires pour les éviter<sup>39</sup>. Selon la célèbre formule du juge Hand, « une personne est responsable du dommage infligé à autrui par son abstention d'agir chaque fois que le coût théorique de la précaution à prendre pour éviter le sinistre, éventuellement multiplié par la probabilité de l'accident, se révèle inférieur au préjudice causé »<sup>40</sup>. Le principe de réparation intégrale du préjudice est en général efficace pour permettre au droit de la responsabilité civile d'assurer cette fonction préventive. Il se révèle cependant inadapté dans certaines hypothèses. Lorsque le montant de la réparation est insuffisant pour être incitatif, l'analyse économique du droit propose de prévoir une condamnation complémentaire du responsable sous forme de dommages et intérêts punitifs ou exemplaires. Quand il s'avère au contraire excessif (car conduisant le responsable à prendre des précautions inutiles), l'obligation pour la victime de minimiser ses pertes est présentée comme un moyen de moduler la réparation<sup>41</sup>. Ces deux mécanismes, retenus en *Common Law* mais jusque-là inconnus du droit français<sup>42</sup>, sont -au moins en partie- consacrés par le projet de réforme de la responsabilité civile.

Aux termes de son article 1266-1, « en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. » Imposer au responsable le versement d'une somme supplémentaire en cas de faute lucrative<sup>43</sup> est conforme à l'analyse économique

---

<sup>38</sup> B. Deffains et E. Langlais, *op. cit.*, p. 38 : « La responsabilité civile peut être perçue comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique définie par la minimisation du coût social des accidents. » ; B. Lemennicier, *op. cit.*, p. 103.

<sup>39</sup> M. Faure, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », in B. Deffains (dir.), *op. cit.*, p. 114 : « L'indemnisation de la victime par l'auteur du dommage n'est, dans cette vision, pas un but de la responsabilité civile, mais uniquement un moyen pour forcer l'auteur du dommage à prendre des mesures de précaution nécessaires. » ; G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 114, p. 57 : « La responsabilité civile prévient parce qu'elle répare, c'est là son originalité. »

<sup>40</sup> B. Frydman et G. Haarscher, *op. cit.*, p. 52 ; V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *Economica* 2002, p. 30.

<sup>41</sup> G. Maitre, *op. cit.*, n° 299 p. 173.

<sup>42</sup> Le principe de l'amende civile existe certes déjà en droit français mais uniquement dans des hypothèses particulières, notamment pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence (C. com., art. L. 442-6).

<sup>43</sup> Voir sur cette notion, J. Méadel, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 2007, n° 77, p. 6 ; D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27.

du droit, la réparation du préjudice subi par la victime ne permettant pas de dissuader les comportements répréhensibles en raison du gain subsistant pour le responsable<sup>44</sup>. Une telle « amende civile »<sup>45</sup> semble a priori<sup>46</sup> inspirée des dommages et intérêts punitifs connus en « droit américain »<sup>47</sup>.

Le projet de réforme propose en outre de consacrer l'obligation pour la victime de minimiser son préjudice en lui refusant toute indemnisation pour l'aggravation du préjudice qu'elle avait la faculté d'éviter<sup>48</sup>. Il est en effet permis de douter de l'existence d'un lien de causalité entre le fait dommageable et le surcroît de préjudice dû à l'inaction de la victime<sup>49</sup>. Pour autant, s'il est classique, en droit français, d'affirmer que la victime ne doit pas contribuer à provoquer le dommage (sa faute étant une cause d'exonération partielle du responsable), la Cour de cassation refusait jusqu'à présent de lui imposer de minimiser les conséquences du dommage après sa survenance, au motif que ceci heurterait de front le principe de réparation intégrale du préjudice<sup>50</sup>. La *mitigation of damage* est au contraire connue depuis longtemps en « droit américain »<sup>51</sup> et, plus largement, dans les systèmes de *Common Law*<sup>52</sup>. Son fondement est là encore économique<sup>53</sup>, l'objectif étant « d'éviter les gaspillages (...) et de réduire le coût global de la responsabilité »<sup>54</sup>. L'introduction de la *mitigation of damage* en droit

---

<sup>44</sup> E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in B. Deffains (dir.), *op. cit.*, p. 20-22.

<sup>45</sup> Sur laquelle voir S. Carval, « L'amende civile », *JCP G* 2016, n° spécial Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications, p. 42-46 ; E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017, p. 1136 ; M.-A. Chardeaux, « L'amende civile », *LPA* 2018, n° 22, p. 6.

<sup>46</sup> Sur les différences avec les *punitive damages* retenus en *Common Law*, voir *infra*.

<sup>47</sup> S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n°16 p. 16 : « Le moment ne serait-il pas venu d'aménager, sur le modèle américain (...) une véritable fonction punitive de la responsabilité civile ? »

<sup>48</sup> *Ibid.*, art. 1263 : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

<sup>49</sup> J.-P. Chazal, « L'ultra-indemnisation : une réparation au-delà des préjudices directs », *D.* 2003, p. 2326.

<sup>50</sup> Consacrée par Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01-13.289, la solution a été réaffirmée à de nombreuses reprises, concernant tant des préjudices corporels (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 oct. 2009, n°08-18.492 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 oct. 2012, n°11-25.511 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janv. 2015, n°13-21.180 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 26 mars 2015, n°14-16.011) que matériels (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 fév. 2013, n°12-12.124 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 juil. 2013, n°12-13.851 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juil. 2014, n°13-17.599 ; Cass. crim. 27 sept. 2016, n° 15-83.309).

<sup>51</sup> M. E. Elland-Goldsmith, « Note sur la *mitigation of damages* en droit américain », *RDAI* 1987, p. 359.

<sup>52</sup> A. I. Ogus, « Remèdes, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987 ; M. E. Elland-Goldsmith, « La mitigation of damages en droit anglais », *RDAI* 1987, p. 347 ; L. Ferry et D. Lapillonne, « Réforme de la responsabilité civile : influence des principes de la *Common Law* », *JCP E* 2016, 1598, n° 6, p. 27.

Elle a été reprise plus récemment dans certains systèmes de droit écrit (par ex. art. 6 :101 du Code civil néerlandais entré en vigueur en 1992 ; art. 44, al. 1 du Code suisse des obligations de 1911 ; art. 1227 du Code civil italien).

<sup>53</sup> Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 181 : « La réparation d'un dommage raisonnablement évitable est économiquement condamnable. »

<sup>54</sup> S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, n°160, p. 107.

français est ainsi une innovation importante, même si le projet de réforme exclut les dommages corporels de son champ d'application<sup>55</sup>.

Si l'influence tant du « droit américain » que de l'analyse économique du droit est indéniable sur la responsabilité civile, il en est de même en droit des contrats, ce dernier semblant désormais principalement conçu comme un instrument au service des échanges économiques.

## B. LE CONTRAT, UN INSTRUMENT AU SERVICE DES ECHANGES ECONOMIQUES

Le rapport remis au président de la République insiste sur le fait que « l'enjeu au niveau international » de la réforme du droit des contrats « est économique ». Le « contrat-instrument »<sup>56</sup> semble désormais n'avoir de raison d'être que s'il présente une utilité économique, c'est-à-dire s'il permet une allocation optimale des richesses<sup>57</sup>. Le rapprochement avec la *Common Law* est patent : en droit anglo-américain, le contrat « ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché (...). Le contrat qui crée des richesses mérite d'être exécuté ; celui qui, en emprisonnant le débiteur dans une opération économique qui ne représente plus pour lui la meilleure façon d'utiliser ses ressources peut disparaître avec l'aval du droit, le laissant libre de les réallouer »<sup>58</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016, visiblement influencée par le « droit américain » et l'analyse économique du droit, conduit ainsi, d'une part, au maintien du contrat utile et, d'autre part, à l'éradication du contrat inutile<sup>59</sup>.

L'efficacité économique est parfois protectrice du contrat<sup>60</sup>. La détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre<sup>61</sup> et les contrats de prestation de service est ainsi consacrée<sup>62</sup>, et le juge se voit reconnaître la faculté de remplacer un indice « qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible »<sup>63</sup>. Le nouvel article 1223 du Code civil offre même au créancier la faculté d'« accepter une exécution imparfaite du contrat et (de) solliciter une

<sup>55</sup> Ce qui semble justifié eu égard au principe du droit à l'intégrité corporelle posé par l'article 16-3 du Code civil selon lequel nul ne peut être contraint de recevoir un traitement auquel il n'a pas librement consenti.

<sup>56</sup> J. Rochfeld, « La rupture efficace », in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 171, n°424.

<sup>57</sup> E. Mackaay, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 32 : « En concluant le contrat, chaque contractant cherche à faire un gain. Si cette attente se réalise pour les deux parties, les biens évoluent vers des usages mieux valorisés. »

<sup>58</sup> H. Muir-Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *LPA* 20 nov. 2002, p. 47.

<sup>59</sup> Sur ce balancement, V. Larribau-Terneyre, « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », in V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Presses de l'Université de Pau et des pays d'Adour, 2016, p. 40.

<sup>60</sup> J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 90-91, évoquant l'efficacité protectrice ou destructrice du contrat.

<sup>61</sup> C. civ., art. 1164.

<sup>62</sup> C. civ., art. 1165.

<sup>63</sup> C. civ., art. 1167.

réduction proportionnelle du prix »<sup>64</sup>. Un tel mécanisme permet de maintenir un contrat présentant tout de même un intérêt économique en dépit de sa mauvaise exécution. L'admission de la révision pour imprévision<sup>65</sup> est aussi un moyen de redonner au contrat une utilité économique en rééquilibrant les coûts de son exécution au regard des avantages qu'elle présente pour les parties. Elle serait dès lors pour certains conforme à l'analyse économique du droit<sup>66</sup>.

L'efficacité est au contraire destructrice<sup>67</sup> lorsque le contrat n'est pas utile économiquement. Ceci révèle un véritable changement de paradigme avec l'adoption d'une « conception essentiellement économique du contrat où la force obligatoire n'est plus fondée sur le principe moral de la fidélité à la parole donnée mais sur la rationalité économique de l'opération convenue »<sup>68</sup>. Ainsi, en *Common Law*, la théorie de la violation efficace<sup>69</sup> (efficient breach) postule que l'exécution des obligations contractuelles n'est pas une fin en soi. Le non-respect du contrat est légitime s'il aboutit à une allocation optimale des ressources<sup>70</sup> : « Si dans l'esprit des juges la société peut trouver dans la rupture du contrat entre deux parties plus d'avantages économiques que cette société ne retirerait du maintien du rapport contractuel, il sera alors judicieux d'autoriser la rupture du contrat. »<sup>71</sup> Jusqu'alors le droit français sacralisait au contraire la force obligatoire du contrat : l'exécution forcée en nature était de droit pour le créancier<sup>72</sup> et la résolution du contrat conçue comme subsidiaire<sup>73</sup> et judiciaire<sup>74</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 limite désormais le droit à exécution forcée lorsqu'il est économiquement inefficace, et consacre le pouvoir unilatéral de mettre fin au contrat.

Le nouvel article 1221 du Code civil écarte l'exécution forcée en nature lorsqu'il « existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et

---

<sup>64</sup> L'alinéa 2 précise que si le paiement n'a pas encore été effectué, le créancier notifie le débiteur de sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. Sur ce mécanisme, voir F. Chénédy, « La réduction du prix », *RDC* 2017/3, p. 571.

<sup>65</sup> C. civ., art. 1195.

<sup>66</sup> P. Garello, « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique », in B. Deffains (dir.), *op. cit.*, p. 235.

<sup>67</sup> J. Mestre, *loc. cit.* p. 90-91.

<sup>68</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Le contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale », *Dr. et patr.* mai 2004, p. 75.

<sup>69</sup> B. Rudden et Ph. Juilhard, « La théorie de la violation efficace », *RIDC* 1986, p. 1015-1041.

<sup>70</sup> Y.-M. Laithier, *op. cit.*, n° 407, p. 487 ; A. A. Levasseur, *Le contrat en droit américain, op. cit.*, p. 10.

<sup>71</sup> A. A. Levasseur, *Le droit américain, op. cit.*, p. 140-141

<sup>72</sup> Et ce indépendamment de la gravité du manquement contractuel (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136 : défaut de 33 cm de haut lors de la construction d'une maison).

<sup>73</sup> C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2<sup>e</sup> éd., Durand et Hachette, 1870, n°515 p. 490 et n°530 p. 505 : la résolution est « un moyen extrême, auquel (le créancier) n'a recours que parce qu'il n'obtient pas l'exécution et qu'il désespère de l'obtenir ! (...) L'action en résolution n'est qu'un pis-aller, que la loi offre à la partie, comme dernière ressource, et en désespoir de cause ! ».

<sup>74</sup> La résolution supposait une intervention du juge (C. civ., ancien art. 1184, al. 3) à défaut d'accord des parties, ces dernières disposant toujours de la faculté de détruire ensemble le contrat qu'elles avaient conclu (Cass. com. 1<sup>er</sup> fév. 1994, n° 92-18.276) ou de prévoir une clause résolutoire dans leur convention.

son intérêt pour le créancier ». Clairement inspirée des principes issus de la Common Law<sup>75</sup>, la règle conduit à s'interroger sur la rationalité économique de la sanction prononcée, laquelle ne doit pas représenter un poids excessif pour le débiteur. L'article 1224 admet quant à lui la résolution unilatérale du contrat par simple notification<sup>76</sup> afin d'éviter au créancier victime de l'inexécution de subir l'attente et les frais liés à l'intervention du juge<sup>77</sup>. Dans un but d'efficacité économique, le contrôle du juge n'a lieu qu'a posteriori, en cas de contestation. La résolution unilatérale a en effet lieu aux « risques et périls » de son auteur<sup>78</sup>, lequel devra prouver la gravité de l'inexécution (C. civ., art. 1226, al. 4). Lui permettant ainsi de contracter rapidement avec un tiers, la solution est garante d'une circulation optimale des richesses grâce à une « réallocation plus prompte et à moindre coût des ressources »<sup>79</sup>. « Cette déjudiciarisation de la résolution s'inscrit bien dans le courant libéral que traduit la montée en puissance de l'unilatéralisme dans notre droit contemporain des contrats et répond parfaitement à l'impératif d'efficacité économique »<sup>80</sup>. L'influence normative de la Common Law<sup>81</sup> et de l'analyse économique du droit est également manifeste avec l'introduction de l'exception d'inexécution par anticipation à l'article 1220 du Code civil, laquelle vise à limiter le préjudice résultant de l'inexécution : dès qu'il est manifeste que l'autre partie ne s'exécutera pas et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves, le cocontractant peut suspendre l'exécution de sa propre prestation. Comme les droits anglais et américain des

---

<sup>75</sup> Ch. Albiges, « L'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des contrats*, Actes du colloque tenu à Montpellier le 3 juillet 2015, Ed° Faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 188.

<sup>76</sup> Bien que ce mode de résolution du contrat n'ait pas, jusque-là, été prévu par le Code civil, la jurisprudence l'avait déjà admis en cas de comportement grave du débiteur (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : « Attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale »), « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662).

<sup>77</sup> Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une consécration de la théorie de la « violation efficace », laquelle permet de ne pas exécuter le contrat volontairement. La résolution unilatérale est au contraire une réponse face à l'inexécution du cocontractant. Sur cette distinction, voir P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare et Martin, 2014, n° 150, p. 224.

<sup>78</sup> C. civ., art. 1226, al. 1 ; déjà, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485.

<sup>79</sup> C. Jamin, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant, 2001, p. 457, n° 3.

<sup>80</sup> D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *loc. cit.*, p. 76, n° 12. Sur l'utilité économique de l'unilatéralisme, voir C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 76, n° 5.

<sup>81</sup> S. Tisseyre, « La fin du contrat : l'éventail élargi des sanctions », in V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Presses de l'Université de Pau et des pays d'Adour, 2016, p. 199 ; Ph. Delebecque, « Regards étrangers, regards concurrents », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 129.

contrats<sup>82</sup>, le droit français prend désormais particulièrement en compte l'incidence de la sanction prononcée sur le fonctionnement du marché<sup>83</sup>.

Si la libéralisation du droit des obligations est ainsi incontestable, elle reste néanmoins mesurée, le droit français demeurant le vecteur de valeurs morales et sociales.

## II. UNE LIBÉRALISATION MESURÉE : LE DROIT DES OBLIGATIONS, VECTEUR DE VALEURS MORALES ET SOCIALES

Si le droit ne saurait être confondu avec la morale<sup>84</sup>, il n'en est pas pourtant radicalement distinct<sup>85</sup>. Le droit s'inspire de la morale qui est l'une de ses « forces créatrices »<sup>86</sup> : « La séparation (...) interdit seulement que le droit s'appuie exclusivement sur l'impératif existant dans l'ordre moral pour formuler l'impératif juridique, et qu'il poursuive directement et exclusivement la purification morale du sujet. Elle n'interdit en rien de s'appuyer sur (la morale) pour décider des règles à consacrer »<sup>87</sup>.

Encore faut-il s'entendre sur le sens à accorder au concept de morale : « selon les sensibilités personnelles, la morale peut apparaître tout aussi bien individuelle ou collective, religieuse ou laïque, idéale ou pratique. Pour les uns, elle relève exclusivement du discernement de la conscience et tend à la perfection de l'individu ; pour les autres, elle revêt aussi une dimension sociologique »<sup>88</sup>. Il semble cependant possible d'en dégager deux acceptions principales : « soit il s'agit d'une morale dite traditionnelle, religieuse ou kantienne, soit il est question d'une morale sociologique, morale sociale rattachée aux mœurs »<sup>89</sup>. La première

---

<sup>82</sup> Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 66.

<sup>83</sup> Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, Hors-série : La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? p. 39 : « Une autre orientation – plus innovante- se dégage du nouveau régime visant à promouvoir l'efficacité, y compris économique, des sanctions de l'inexécution et donc du droit des contrats ».

<sup>84</sup> *Contra* la théorie du droit naturel qui a notamment influencé J. Domat, *Traité des lois*, nouvelle éd. par J. Rémy, Firmin-Didot, 1828, réimpr. Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1989 et R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1861.

<sup>85</sup> *Contra* H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant et LGDJ, 1999 : théorie formaliste se réduisant à une conception normativiste du droit détachée de toute considération morale.

<sup>86</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1955, n° 61, p. 154 : « La force morale joue toujours dans la création du droit un rôle considérable » ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 6, p. 11, évoquant une « montée continue de la sève morale » dans le droit ; Ph. Jestaz, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 626 : « Il ne faut pas oublier que parmi les forces sociales dont l'action produit le droit, certaines sinon toutes se servent des valeurs morales comme d'un levier, de sorte que le droit en porte ensuite la marque ».

<sup>87</sup> D. Fenouillet, « Propos introductifs », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 8.

<sup>88</sup> C. Pérès, « La morale et le droit patrimonial », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 156.

<sup>89</sup> M. Mekki, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, n° 9, p. 34.

est aujourd'hui en déclin, du fait notamment de la libéralisation des mœurs<sup>90</sup>. « Une morale nouvelle a été créée »<sup>91</sup>, fondée sur l'idée de justice et de solidarité sociale. Ainsi, pour Émile Durkheim, l'activité morale de l'homme n'est pas distincte de son activité sociale<sup>92</sup> : « est moral, ce qui est source de solidarité, tout ce qui force l'homme à régler ses mouvements sur autre chose que les impulsions de son égoïsme »<sup>93</sup>. Le courant solidariste<sup>94</sup> peut dès lors être vu comme une conception morale du droit des contrats<sup>95</sup>. A le suivre, les parties ne devraient pas seulement rechercher la satisfaction de leur propre intérêt mais faire œuvre de coopération. Comme l'écrivait Demogue, le contrat serait « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »<sup>96</sup>.

Ces deux conceptions de la morale irriguent encore le droit français des obligations. La morale est en effet un fondement alternatif de règles nouvelles pouvant *a priori* sembler libérales et issues d'une analyse économique du droit. La morale est, en outre, le fondement de dispositions novatrices visant à protéger les plus faibles.

#### A. LA MORALE, FONDEMENT ALTERNATIF DE REGLES *A PRIORI* « LIBÉRALES »

La loi du marché peut parfaitement conduire à protéger des valeurs fondamentales. Préconisée par l'analyse économique pour optimiser le fonctionnement du marché, la condamnation de l'auteur d'une faute lucrative au paiement d'une somme supplémentaire est également conforme à la morale<sup>97</sup>. Renforçant la fonction normative de la responsabilité civile<sup>98</sup>, elle permet de sanctionner certains comportements particulièrement répréhensibles. L'article

---

<sup>90</sup> Notons d'ailleurs la disparition de la notion de « bonnes mœurs » en droit des contrats à la suite de la réforme de 2016.

<sup>91</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n°63, p. 157.

<sup>92</sup> E. Durkheim, « Détermination du fait moral », in *Sociologie et philosophie*, 1898, rééd. PUF, 2004, p. 61 et s.

<sup>93</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, rééd. PUF, 2007 p. 105-106.

<sup>94</sup> Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges en hommage à F. Terré*, PUF-Dalloz-Jurisclasseur, 1999, p. 603.

<sup>95</sup> M. Mekki, *loc. cit.*, n° 10, p. 35.

<sup>96</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, n° 3, p. 9.

<sup>97</sup> C. Pérès, *loc. cit.*, n°4 p. 160 : les dommages et intérêts punitifs sont « teintés d'une coloration morale » ; D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *loc. cit.*, p. 86, n° 21 : « Face à l'inefficacité de la réparation civile de la répression pénale à endiguer les fautes lucratives (...), les dommages et intérêts punitifs constitueraient un remède approprié et qui ne jurerait pas avec la dimension morale qui anime notre droit des obligations ».

<sup>98</sup> N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 2017, n° 223, p. 5, n° 2 : « la fonction normative réhabilitée est même exacerbée ».

1266-1 du Code civil précise ainsi que la sanction devra être « proportionnée à la gravité de la faute commise »<sup>99</sup> et qu'elle n'est pas assurable<sup>100</sup>. Le choix du concept d'« amende civile » par l'avant-projet présenté en mars 2017 est plus conforme à notre tradition juridique que celui de dommages et intérêts punitifs « à l'américaine »<sup>101</sup>. Contrairement à ces derniers, l'amende est en effet « affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public »<sup>102</sup>. Ceci permet de respecter le principe de la réparation intégrale et d'éviter un enrichissement – pouvant être considéré comme immoral<sup>103</sup> – de la victime. L'amende civile se distingue sur ce point fortement des punitive damages prévus en *Common Law*<sup>104</sup>.

Il est également possible de considérer que la consécration, par l'article 1263 du Code civil, de l'obligation pour la victime de minimiser son préjudice a une « fonction moralisatrice »<sup>105</sup>, en ce qu'elle l'incite à ne pas laisser son préjudice s'aggraver par négligence. Il s'agit de « moraliser la réparation du dommage en ne mettant pas à la charge du débiteur l'obligation de réparer un préjudice que le créancier aurait pu éviter par une attitude plus soucieuse des intérêts d'autrui »<sup>106</sup>. Ainsi, pour Demogue, l'utilité sociale crée un devoir pour la victime d'arrêter le dommage si elle le peut : « A un droit rigide, se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »<sup>107</sup>.

Le droit français des contrats est lui également fortement marqué par des considérations morales<sup>108</sup>, même après la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016. Ceci résulte particulièrement de l'exigence de bonne foi – désormais consacrée dans le Code civil tant lors de la formation que de l'exécution du contrat<sup>109</sup> – dont la « résonance morale » a été mainte fois

---

<sup>99</sup> Même si sont aussi prises en comptes les « facultés contributives de l'auteur » et « les profits qu'il en aura retirés ».

<sup>100</sup> Solution préconisée par S. Carval, *op. cit.*, n° 325, p. 367 : « Puisque la peine privée (...) a pour unique fonction de punir les conduites répréhensibles afin d'en dissuader la répétition, il n'y a aucune raison d'accepter qu'elle soit prise en charge par un assureur ».

<sup>101</sup> Entretien avec J. Urvoas, *RLDC* juin 2016, p. 6211.

<sup>102</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile, art. 1266-1, al. 5. Au contraire, l'avant-projet Catala proposait d'introduire les dommages et intérêts punitifs en droit français tout en proposant d'en « faire bénéficier pour une part le Trésor public » (art. 1371). L'avant-projet Terré suggérait quant à lui de restituer les profits illicites à la victime (art. 54).

<sup>103</sup> C. Pérès, *loc. cit.*, p. 160.

<sup>104</sup> L. Ferry et D. Lapillonne, *loc. cit.*, n° 10 p. 30.

<sup>105</sup> S. Carval, *Ibid.*, n° 10, p. 8.

<sup>106</sup> C. Pérès, *loc. cit.*, n°4, p. 161.

<sup>107</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 4, Arthur Rousseau 1924, n° 463 bis.

<sup>108</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 61 p. 153-154 : « Notre droit des contrats et obligations reste baigné dans la moralité traditionnelle. »

<sup>109</sup> C. civ., art. 1104.

soulignée<sup>110</sup>. S'il s'agit là d'une différence importante avec le droit anglais, traditionnellement hostile à l'admission d'un tel devoir général<sup>111</sup>, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est en revanche connue en « droit américain »<sup>112</sup>.

Le fait de refuser l'exécution forcée lorsqu'il « existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »<sup>113</sup> peut aussi être conçue comme fondé sur la morale<sup>114</sup> : il s'agirait seulement de rappeler que le créancier ne doit pas abuser de son droit<sup>115</sup>. Le rapport remis au président de la République indique d'ailleurs expressément que « Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue ».

Pour certains, l'obligation pour les parties de renégocier le contrat en cas d'imprévision serait également une application du devoir général de bonne foi puisqu'elle « consiste pour les parties à participer de façon active et loyale à une

---

<sup>110</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 114 ; J. Krynen, « Avant-propos », in *Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 8 : certains « textes (...) dans les codifications donnent à voir la part faite aux exigences de la morale, au travers des notions de bonnes mœurs, de bonne foi, de bon père de famille, de faute ».

<sup>111</sup> S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, n° 10 p. 34 ; J. Cartwright, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015, p. 691 ; J.-C. Roda, « La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais », *RLDC* 2016, n° 141, p. 39.

<sup>112</sup> Uniform Commercial Code, s. 1-203 et Restatement (second) Contracts, s. 205, cités par J. Cartwright, *Ibid.*, p. 691. Voir aussi J.-C. Roda, *Ibid.*, p. 39 et « L'influence des droits européens sur le droit américain », *D.* 2014, p. 157.

<sup>113</sup> C. civ., art. 1221.

<sup>114</sup> N. Dissaux et Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, p. 131. Comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, n° 74 p. 129 : « De nouveau voici la loi morale qui arrête l'application logique et rigoureuse de la règle juridique en interdisant au titulaire d'un droit positif de se servir de ce droit contre autrui, lorsqu'il cause par cet exercice plus de ruines qu'il ne retire d'avantages ».

<sup>115</sup> D. Mazeaud, « Synthèse », in *La réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 197 : la limite à l'exécution forcée en nature en cas de coût manifestement déraisonnable « ne fait rien d'autre que faire entrer dans le rang de tous les droits subjectifs (...) l'abus dans l'exercice du droit en question » ; Y.-M. Laithier, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou rupture ? », in Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 100 : « Ce que dit le texte, c'est simplement que l'exécution forcée en nature doit être écartée dans des hypothèses qui correspondent en pratique à une forme d'abus ». Déjà, G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant et LGDJ, 2001, n° 17 p. 183 : « N'est-il pas (...) abusif de la part de celui-ci (d'exiger une exécution en nature) alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un coût beaucoup plus réduit ? ».

Sur les liens entre abus de droit et morale, voir R. Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, Thèse Poitiers, 1916, p. 23 : « L'abus du droit nous semble constituer un cas de conflit entre le droit et la morale ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral ».

tentative amiable de sauvetage du contrat »<sup>116</sup>. Notons que l'ordonnance va toutefois encore plus loin en prévoyant une possible révision du contrat par le juge en l'absence d'accord entre les parties<sup>117</sup>.

Si elle offre ainsi un fondement alternatif à des règles nouvelles *a priori* « libérales », la morale est en outre la source de dispositions visant à protéger les plus faibles.

## B. LA MORALE, FONDEMENT DE REGLES VISANT A PROTEGER LES PLUS FAIBLES

La morale exclut toute « exploitation de la misère et de la faiblesse par le contrat »<sup>118</sup>. Elle requiert de protéger le contractant en état d'infériorité : « c'est la recherche d'une certaine justice contractuelle qui conduit à (...) supprimer les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle ou les clauses abusives (et) à annuler le contrat en cas de violence économique »<sup>119</sup>.

L'extension de la lutte contre les clauses abusives à tous les contrats d'adhésion est particulièrement caractéristique de la volonté d'éviter un abus de puissance d'un contractant vis-à-vis de l'autre<sup>120</sup>. Ce qui singularise le contrat d'adhésion, « c'est l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel »<sup>121</sup>. Les modalités particulières d'élaboration de son contenu justifient un encadrement particulier. Le traditionnel refus de tout rééquilibrage du contrat par le juge en droit français découle en effet du postulat selon lequel ce qui a été consenti est nécessairement juste : « Les volontés qui contractent n'ont pas à se plier à une justice supérieure : elles créent elles-mêmes le juste »<sup>122</sup>. Pourtant, lorsqu'un seul contractant détermine le contenu du contrat sans négociation possible, il risque de soumettre l'autre partie à des conditions désavantageuses. Un contrôle du contenu du contrat par le juge s'impose alors afin de vérifier « sa conformité effective à l'intérêt des deux parties »<sup>123</sup>. Il révèle une certaine conception solidariste du lien contractuel en droit français, que

---

<sup>116</sup> L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, p. 455, n° 796. Comp. R. Jabour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016, n° 286, p. 229 : « Fondée sur une alliance, c'est-à-dire sur une confiance réciproque, la puissance obligatoire de l'engagement interdit (...) d'abuser d'une position de force sous prétexte d'intangibilité des obligations ».

<sup>117</sup> C. civ., art. 1195.

<sup>118</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 104 n° 60.

<sup>119</sup> C. Champalaune, *loc. cit.*, p. 13.

<sup>120</sup> Déjà, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 3 p. 6 : la morale « enseigne que la justice doit régner dans le contrat (...) ; elle jette le doute sur des accords qui sont l'expression d'une volonté trop puissante courbant une volonté affaiblie. »

<sup>121</sup> G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, n° 42, p. 27.

<sup>122</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Dijon, 1912, p. 73.

<sup>123</sup> Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217, n°9.

certains ont cru pouvoir opposer « au mercantilisme glacé de la *common law* »<sup>124</sup> imprégnée d'analyse économique du droit.

Pourtant, cette dernière prescrit elle aussi de contrer les comportements opportunistes. La modification par un contractant de la répartition des gains issus du contrat conduira en effet probablement l'autre partie à être plus réticente à conclure d'autres conventions à l'avenir, craignant de nouvelles déconvenues. Afin d'éviter une diminution des échanges, néfaste pour le bon fonctionnement du marché, l'analyse économique du droit recommande donc de développer la confiance entre les contractants, laquelle « joue un rôle important dans l'économie de marché. Lorsque les agents économiques se font mutuellement confiance, plus de contrats seront conclus et plus de gains réciproques en résulteront »<sup>125</sup>. La prohibition des clauses abusives est ainsi vue comme « un outil (...) pour sanctionner l'opportunisme par abus d'asymétrie d'information »<sup>126</sup>. La morale peut donc conduire à l'adoption de règles économiquement efficaces<sup>127</sup>.

\* \*  
\*

Il semble vain d'opposer irréductiblement efficacité économique et valeurs morales et sociales<sup>128</sup>. Les réformes – récentes et en cours – du droit des obligations français mettent d'ailleurs en exergue la nécessaire conciliation entre « les valeurs humanistes (...) et la dimension économique (...) qui se préoccupe (...) nécessairement d'efficience »<sup>129</sup>. Les craintes des juristes français face à

---

<sup>124</sup> D. Tallon, « Observations finales » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 413.

<sup>125</sup> E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 385.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 427.

<sup>127</sup> Comme le soulignait Cécile Pérès, il est en réalité « très délicat, face à un mécanisme juridique donné, de déterminer s'il est irrigué par la morale (...). L'observateur se retrouve presque dans la position d'un jeune enfant jouant avec un cube. Il le regarde attentivement sur l'une de ses faces, l'apprivoise, l'identifie dans sa singularité avant de réaliser, en le retournant, que toutes les faces de ce même objet sont en réalité interchangeables et réversibles », C. Pérès, *loc. cit.*, p. 160.

<sup>128</sup> D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *loc. cit.*, n° 6, p. 71. Comp. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », in *L'utile et le juste*, *op. cit.* p. 50 : « Le contrat n'est obligatoire parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle ».

<sup>129</sup> C. Champalaune, *loc. cit.*, p. 10 ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *op. cit.*, p. 195, n°32-02 : « La réforme du droit des obligations issue de la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 (...) est le fruit d'un compromis entre les tenants d'une vision libérale qui emporte la volonté de faciliter les échanges économiques (...) et les tenants d'une vision plus protectrice qui emporte la nécessité d'introduire dans le droit des règles permettant de garantir un certain équilibre entre les droits des parties et donnant au juge un rôle plus important pour sanctionner les abus » ; A. Bénabent et L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434 : « Le nouveau texte se veut réaliste et pragmatique, partagé entre le libéralisme (...) et un socialisme tempéré (...), le souci de l'efficacité (...) et celui de l'équilibre » ; M. Mekki, « Propos introductifs », in M. Mekki (dir.), *Avant-projet de réforme de la*

l'analyse économique du droit paraissent dès lors excessives : « Loin de menacer la tradition civiliste, l'analyse économique du droit promet au contraire d'en renforcer les aspects qui commandent le plus de respect »<sup>130</sup>.

La prétendue « américanisation » du droit des obligations se révèle quant à elle limitée. Comme l'écrivait P. Legrand, « Somme toute, oui, l'influence américaine est bien réelle, notamment en raison de la globalisation des économies. Mais le poids de l'histoire, de la tradition, de la culture, de la mentalité (...) continue à compter en ce qu'il fonde, à chaque transfert de droit, un processus de différenciation et d'autonomisation (...). Ceux que l'américanisation du droit inquiète peuvent donc dormir tranquilles : (...) ce ne sera jamais que de l'américanité dûment francisée qui s'implantera sur le sol français. Du droit américain tout de même, certes. Mais du droit américain autrement »<sup>131</sup>.

---

*responsabilité civile : l'art et la technique du compromis*, LGDJ, 2016, p. 17 : « Réformer la responsabilité civile, c'est rechercher un fragile équilibre entre l'utilité économique et la justice sociale ».

<sup>130</sup> E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », *loc. cit.*, p. 31.

<sup>131</sup> P. Legrand, « L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain », in *L'américanisation du droit*, *op. cit.*, p. 40.

# L'USAGE POLITIQUE DU *NAME AND SHAME* ET LE DROIT

Par  
Jean-François KERLÉO  
Professeur de droit public  
à l'Université d'Aix-Marseille

Le *Name en Shame* (NaS), que l'on peut traduire par l'expression « pointer du doigt et rendre honteux », n'est pas une pratique juridique et pour cause, cette technique se présente comme un mode alternatif de régulation. Elle serait l'apanage des économistes ou d'études sociologiques si les acteurs politiques ne tendaient pas désormais à s'en inspirer à tel point qu'il devient pertinent d'y réfléchir sous l'angle juridique<sup>1</sup>.

Sans être une catégorie juridique, cette notion questionne l'efficacité et les limites du droit, qui ne forme plus la technique exclusive, ni même peut-être privilégiée, de l'action politique. Par ailleurs, le NaS n'est pas sans rapport avec l'ordre juridique dont il attend, très souvent, ou subit parfois, une réaction de nature plutôt répressive. Soit le NaS consiste à dénoncer une personne en vue d'engager une procédure juridictionnelle se concluant par une condamnation, soit il se retourne contre son auteur qui se voit accusé de délation ou de dénonciation calomnieuse. Toujours est-il que le NaS est suivi d'une réponse juridique exigeant de porter sur cette pratique un éclairage précisément... juridique! Après avoir délimité, plus que défini, le NaS et dégagé les différents rapports qu'il entretient avec le droit, il conviendra d'apprécier en quoi cette pratique est devenue une source d'inspiration pour le pouvoir politique, révélant ainsi une évolution considérable de son action et des usages du droit.

Représentatif de la problématique du néolibéralisme et de l'américanisation du droit, le NaS l'est sans aucun doute<sup>2</sup> : cette pratique, qui se déploie depuis

---

<sup>1</sup> Pour un aperçu très instructif des différents usages du NaS en matière de droits de l'homme, financière, économique, et autres, v. l'ouvrage collectif, H. Friman, *The Politics of Leverage in International Relations: Name, Shame, and Sanction*, Springer, mars 2015.

<sup>2</sup> Sur le rapport historique et littéraire entre la pensée anglo-saxonne et la culture de la honte, Rolf jr. Bremmer, « Shame and Honour in Anglo-Saxon Hagiography, with Special Reference to Aelfric's Lives of Saints », Eds. Loredana Lazzari, Patrizia Lendinara, Claudia Di Sciacca. *Hagiography in Anglo-Saxon England: Adopting and Adapting Saints' Lives into Old-English Prose* (c. 950-1150) 37, 2014, 95-119.

longtemps au Royaume-Uni et aux États-Unis<sup>3</sup>, semble inspirée par, voire même agir comme un levier de, l'activité économique et financière néolibérale<sup>4</sup>. Le NaS constitue un instrument de régulation, souvent internationale, du marché<sup>5</sup>. Non seulement il distribue de l'information, mais joue également le rôle de sanction sur le marché. Il s'agit d'informer les différents acteurs du comportement de leurs concurrents et, principalement, de les avertir des attitudes anticoncurrentielles ou des négligences de certains d'entre eux (défaut d'un produit, retard fréquent dans la chaîne de production, non-respect des normes de référence ou de qualité, etc.). Le NaS produit donc de la transparence dans le marché en donnant une meilleure visibilité du comportement de ses acteurs. Cette production d'informations a pour objet d'ostraciser les acteurs suspectés d'avoir des comportements non conformes (*non compliance system*) aux règles du marché.

De ce point de vue, le NaS se substitue au droit en ce qu'il constitue une information plus ou moins formalisée visant à produire des effets, qualifiables de sanction économique ou morale (*accountability*), à l'encontre d'une société qui ne répond pas aux exigences du marché (règles de concurrence, normes techniques ou, par exemple, respect de la qualité des produits commercialisés). Celui-ci se régule ainsi lui-même à partir des réactions des acteurs économiques informés de leurs défaillances respectives, afin de forcer chacun des acteurs à respecter le jeu de la concurrence<sup>6</sup>. Le NaS contribue donc à (auto)organiser le marché économique : il coordonne les acteurs économiques dès lors qu'il garantit le respect des règles en tous genres applicables sur un marché déterminé. L'idée serait donc d'éviter le recours au droit dans la régulation du marché, en articulant ses différentes dimensions par le biais d'une circulation efficace d'informations influençant les comportements des acteurs et des consommateurs. La sanction économique est le véritable effet recherché du NaS, dont l'usage ne manifeste aucun égard pour les garanties apportées par le droit ou les sanctions juridiques.

Le NaS est aussi bien le produit des relations entre acteurs économiques (dimension interne et horizontale) qu'un mode d'expression de la part

---

<sup>3</sup> Aux États-Unis, la très importante réforme financière du *Dodd-Frank* met en place des mécanismes de NaS pour réguler le marché financier, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (*Dodd-Frank Act*), Pub. L. No. 111-230, 124 Stat. 1376 (2010) (codified in scattered sections of 7, 12, 15, 18, 22, 31, and 41 U.S.C. (Supp. IV 2010)).

<sup>4</sup> Sur cette technique en matière financière, Chris Brummer, *Soft Law and the Global Financial System*, Cambridge University Press, sept. 2015, spéc. p. 154 et s. V. également les réflexions sur le NaS disséminées dans l'ouvrage, Donato Masciandaro, Olga Balakina, *Banking Secrecy and Global Finance: Economic and Political Issues*, Springer, avr. 2016.

<sup>5</sup> Sur le NaS comme régulation du marché, Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge, *Introduction: Regulation—the Field and the Developing Agenda*, *The Oxford Handbook of Regulation*, sept. 2010.

<sup>6</sup> Pour une conception similaire appliquée à la régulation économique entre les États de l'Union européenne, Erika Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Bloomsbury Publishing, août 2007.

d'observateurs du marché (dimension externe, voire verticale s'il implique les autorités de contrôle ou de régulation). L'activité de ces derniers, qui est souvent sectorisée, consiste à recueillir de l'information et à la diffuser en fonction des objectifs et des normes qu'ils fixent eux-mêmes. Le NaS est ainsi très répandu dans la lutte contre les pratiques criminelles, l'évasion fiscale ou le financement du terrorisme<sup>7</sup>. Cette pratique est connue de certaines instances internationales telles que l'OCDE ou le GAFI qui établissent des listes de sociétés, banques ou autres, qui contreviennent à des standards internationaux, lesquels sont élaborés par ces mêmes instances<sup>8</sup>. Dans un tout autre registre, *Ethic & Boards*, un observatoire de la gouvernance des sociétés cotées élabore par exemple des classements pour établir un palmarès de la féminisation des instances dirigeantes, en retenant divers critères comme la présence de femmes dans les conseils d'administration et comités exécutifs ou de direction, l'objectif de mixité dans la rémunération variable ou l'existence de réseaux de femmes en interne. La liste des « mauvais élèves » est évidemment rendue publique afin d'influencer leur comportement pour les amener à respecter le principe d'égalité femme / homme, objet du NaS.

Considéré sous l'angle du droit, Le NaS est qualifiable selon les cas de *soft law*, de preuve<sup>9</sup>, de diffamation ou dénonciation calomnieuse, d'alerte éthique<sup>10</sup>, etc. Cette pratique suppose qu'une relation se noue, autour d'un message volontairement transmis, entre plusieurs acteurs dont un émetteur, des récepteurs ou destinataires et une ou plusieurs personnes visées par le message. Si l'émetteur est le plus souvent (re)connu, son statut peut être multiple : soit il est un acteur du champ dans lequel son message est communiqué (une société agissant sur un marché économique ou financier), soit il est extérieur ou semi-extérieur à celui-ci (une autorité administrative chargée de réguler ce marché ou un tiers extérieur tel un journaliste, un agent public, etc.). De leur côté, les récepteurs dépendent du champ du message et, en ce sens, restent quant à eux anonymes. Il peut s'agir, par exemple, de la société civile dans son ensemble lorsque le phénomène social dénoncé est de grande ampleur, ou bien des concurrents sur un marché voire, implicitement ou indirectement, des juges lorsque le but secrètement visé réside dans l'ouverture d'une information judiciaire. En revanche, la position de l'acteur, dont le comportement dénoncé constitue l'objet même du message, s'avère délicate à déterminer. Alors qu'il est au cœur du NaS, la relation qu'il entretient avec l'émetteur ou le récepteur est forcée et non désirée. Si rien n'exclut qu'il se défende dans un second temps ou

---

<sup>7</sup> Kris Hinterseer, *Criminal Finance: The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Context*, Kluwer Law International, mai 2002.

<sup>8</sup> OECD (2017), *Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles*, OECD Publishing, Paris. <http://www.oecd.org/tax/crime/fighting-tax-crime-the-ten-global-principles.htm>.

<sup>9</sup> Pawson Ray, « Evidence and Policy and Naming and Shaming », (2002) 23(3) Policy Studies 211.

<sup>10</sup> Edward F. Greene, « Dodd- Frank: A Lesson in Decision Avoidance », 6 Cap. Markets L.J. 29 (2011).

même qu'il ait été amené à s'exprimer contradictoirement avant la diffusion du message, sa présence dans cette relation reste passive. Autrement dit, il subit la dénonciation vis-à-vis de l'émetteur et les effets attendus de celle-ci vis-à-vis des récepteurs. Il constitue, en quelque sorte, une seconde catégorie de récepteur, distincte de la première en ce qu'il est voué à subir des effets négatifs du message dont il est l'objet de la part des autres récepteurs.

Trois éléments caractérisent le NaS : c'est une information relative au comportement d'une personne nommément désignée qui fait l'objet d'une large diffusion. Il s'agit donc avant tout d'informer par un message qui peut prendre diverses formes et peut provenir d'émetteurs très différents (article de presse, *hashtag*, message officiel, etc.). Le contenu du message comporte nécessairement une dénonciation précise qui vise une ou des personnes (physiques ou morales) nommément désignées. Le NaS ne peut dès lors constituer une dénonciation abstraite qui viserait l'humanité, l'économie, les hommes ou autres catégories ou concepts généraux. Il faut citer un nom pour provoquer la honte ! Enfin, la publicité du message sous-tend la pratique du NaS, qui n'aurait aucun sens en l'absence d'une large diffusion auprès des récepteurs concernés. L'étendue de la publicité dépend évidemment du public visé et des réactions recherchées ou attendues par l'émetteur. Le NaS constitue donc une dénonciation nominative et publique.

Cette définition *a minima* du NaS comporte des ambiguïtés qu'il convient de soulever pour mettre en relief les spécificités de cette pratique. Toute dénonciation n'a-t-elle pas pour objet d'être nominale et publique ? En quoi le NaS se distingue-t-il de la simple dénonciation ou en constitue-t-il une sous-catégorie spécifique ? Il convient de revenir ici sur le lien émetteur-récepteur, ainsi que sur les attentes de l'un et les conséquences sur l'autre. Ce sont donc les critères de la fonction et des effets qui permettent de distinguer le NaS d'une simple dénonciation. Celui-ci est utilisé en vue d'obtenir un ensemble complexe de réactions qui caractérise un type particulier de responsabilité, *i.e.* l'*accountability*. Le NaS se découpe selon un enchaînement de réactions se déroulant en trois temps. Tout d'abord, la honte ressentie se comprend ici du point de vue du dénoncé (honte réflexive) mais aussi du point de vue du récepteur, c'est-à-dire de l'opinion publique, qui est supposée s'indigner du comportement dénoncé (honte spéculaire). C'est la réunion de ces deux aspects qui fabriquent à proprement parler le *Shame*<sup>11</sup>. Cette honte connaît des variations selon l'auteur de, et l'objet visé par, la dénonciation, un partage minimum de valeurs étant nécessaire entre tous les acteurs engagés dans le NaS. Ensuite, la honte spéculaire doit produire des effets de la part des destinataires du NaS<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Sur la dimension psychologique de la honte comme construction de l'identité culturelle, A. P. Morrison, *The culture of shame*, New York, Ballantine 1998.

<sup>12</sup> S. Tisseron, *La Honte, psychanalyse d'un lien social*, Dunod, Paris, 2014.

(citoyens, consommateurs, distributeurs, concurrents, etc.), qui réagissent en modifiant leur comportement vis-à-vis du dénoncé. La honte n'est donc qu'une première étape psychologique qui doit induire des effets tangibles contre l'auteur de l'acte dénoncé. Le consommateur se détourne par exemple des produits de la société dénoncée. Enfin, ces effets préjudiciables, conséquences de l'institution publique de la honte, doivent contraindre le dénoncé à modifier sa conduite pour se conformer à une règle comportementale sous-jacente à la dénonciation. Autrement dit, la dénonciation d'un comportement suppose toujours qu'une déviance s'est produite par rapport à une certaine normalité ou normalisation. Le NaS repose donc sur l'affirmation et le partage de cette normalité et réside dans la volonté d'imposer celle-ci au dénoncé (système de *compliance*). Or, très souvent, cette règle comportementale qualifiée de normalisée est une norme juridique qui n'a pas été respectée par le dénoncé. Le rapport du NaS au champ juridique n'est donc pas exclu, et il conviendra de le démontrer après en avoir souligné les influences dans la sphère politique actuelle.

Le recours au NaS par les pouvoirs politiques n'est pas anodin. Tout en contribuant à déréguler sa propre intervention par l'usage d'outils non juridiques et moins contraignants, l'État renforce sa position en se présentant comme le garant de valeurs collectives. En usant du NaS, l'État cherche à maintenir son monopole sur l'institution du lien social, en cristallisant des valeurs dont il se fait le gardien. Il s'agit donc de réunir les citoyens autour de l'État, de reconstituer une unité politique en faisant corps autour de valeurs dont il est l'ultime garant, afin de consolider sa propre action. Dès lors, le NaS révèle une profonde ambivalence de l'action des pouvoirs publics dans la configuration des rapports de force actuels : à la fois relégation au second plan du droit en faveur de techniques utilisées par la société et le marché, déconstruction de la volonté étatique au profit de stratégies d'orientation des conduites (idée de *Nudge*<sup>13</sup>), techniques moins tournées vers la contrainte que l'influence et l'incitation. Se nouent donc des « liaisons dangereuses » entre le droit et le NaS et s'insinuent plus ou moins imperceptiblement des mutations dans les modes d'expression de l'État.

Tous ces constats seront effectués avec une grande précaution, tant la confrontation du NaS démontre une influence croisée des modes d'action de la puissance publique, le droit étant profondément influencé par le développement de cette pratique qu'il contribue, à son tour, à encadrer. L'analyse se concentrera ici sur les usages politiques du NaS sous l'angle du droit. Il ne s'agira pas de faire un état des lieux général de cette pratique, mais de démontrer qu'elle contribue à marginaliser encore très partiellement le droit (I) tout en renforçant dans une

---

<sup>13</sup> Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

certaine mesure son efficacité ainsi que le rôle de l'État, qui y trouve un nouveau mode d'action (II). Ainsi, l'utilisation du NaS par les acteurs politiques (et non administratifs), connaît un rapport au droit spécifique en ce sens que la dénonciation repose moins sur des standards économiques que sur des principes juridiques qu'il convient de faire respecter.

## I. LE *NAME AND SHAME* COMME ALTERNATIVE IMPARFAITE AU DROIT

Chacune des deux composantes du NaS doit être appréciée distinctement. Les implications du *Name* (A) comme du *Shame* (B) divergent, notamment au regard de leur rapport au droit, alors que le lien de causalité unissant ces deux composantes reste douteux (C).

### A. LES CARACTERISTIQUES DISTINCTIVES DU *NAME*

Les acteurs politiques ont récupéré le NaS en faisant prévaloir la dénonciation nominative et publique sur l'usage, ou l'application, de règles de droit. Les pouvoirs publics écartent alors les procédures juridiques applicables, et notamment la voie du recours juridictionnel, au profit d'une dénonciation nominative par voie de communiqués de presse<sup>14</sup>. L'originalité du *Name* réside ici dans l'auteur de l'énonciation : l'État ou, plus exactement, les acteurs politiques. Alors que le *Name* est plutôt énoncé par des acteurs impliqués directement dans le milieu visé par leur dénonciation, c'est un regard extérieur au marché ou à l'activité concernée qui est porté par l'État. Une autre valeur du NaS en découle, puisque l'État joue le rôle d'observateur indépendant, dominant du regard les pratiques auxquelles il ne participe pas, se présentant ainsi comme un tiers impartial. Toutefois, le *Name* interroge les fondations même de la culture étatique française reposant sur des règles abstraites.

Le fondement étatique si caractéristique de la société française ne s'exprime plus dans des normes générales et impersonnelles mais à travers la dénonciation personnelle des acteurs, l'action de l'État personnalisant étrangement les rapports sociaux habituellement structurés dans des catégories génériques. Cette dénonciation, nominative et publique, par l'État est le symbole, pour le cas français, d'une hybridation culturelle. Des travaux distinguent la culture de la honte (*shame culture*) de la culture de la culpabilité (*guilt culture*)<sup>15</sup>, la première se caractérisant par une humiliation objective découlant d'un déraillement dans

---

<sup>14</sup> Aaron S. Book, « Shame on You : An Analysis of Modern Shame Punishment as an Alternative to Incarceration », *Williams and Mary Law Review* 40, 1999, pp. 653–686.

<sup>15</sup> Ruth Benedict, *Le chrysanthème et le sabre*, Éditions Picquier, 1995, 356 pages.

les rapports sociaux d'une société très structurée tandis que la seconde est l'état psychologique (*i.e.* un sentiment) ressenti par un individu, en son for intérieur, vis-à-vis d'une faute commise<sup>16</sup>. Sans entrer dans les détails de cette analyse anthropologique, il faut souligner, pour mettre en relief les spécificités du NaS politique, que l'une repose sur une conception holiste de la société où les rapports sont figés tandis que l'autre évoque plutôt une approche libérale et l'individualisation de la responsabilité. L'usage du NaS contribue à déformer chacune de ces conceptions en proposant une objectivation de la honte par le biais de son étatisation/politisation afin de forcer le dénoncé à ressentir une culpabilité. Honte et culpabilité se tiennent donc mutuellement, le signal de l'État (le *Name*) objectivant la honte vis-à-vis de la société devant entraîner une culpabilité subjective du dénoncé. Le fondement s'avère donc plus autoritaire que libéral dans la mesure où l'État exprime, à travers le *Name*, l'ordre légitime des rapports sociaux qui fige la liberté individuelle en un agencement objectif des rôles. Là réside la nouveauté du *Name* politique : une structuration personnalisée (ou subjective) de l'ordre social objectivée par l'État agissant par dénonciations nominatives et publiques.

Le pouvoir politique utilise deux techniques distinctes, dont l'une peut être qualifiée de NaS partiel ou semi-NaS. Il convient, en effet, de distinguer la menace de l'usage effectif du NaS. La réaction du droit vis-à-vis de ces deux comportements ne peut être identique. Dans le premier cas, l'effet de la menace est mesurable pour les pouvoirs publics – ceux-ci connaissent les acteurs ne répondant pas aux exigences souhaitées mais taisent provisoirement leur nom afin de faire pression sur eux. Dans l'intervalle entre la menace et la dénonciation publique des noms, les pouvoirs publics peuvent constater la mise en conformité du comportement des acteurs avec les règles non respectées, suspendant ainsi la publication de leur nom. Dans cette hypothèse, pour laquelle le lien de cause à effet reste difficile à établir, le préjudice pour les acteurs concernés reste minime puisque leur nom n'a pas été rendu public. Dans le deuxième cas, en revanche, la conformité à la règle de droit est moins recherchée que la punition. Le NaS est davantage une sanction, ou la recherche de celle-ci, que la volonté d'établir une correspondance entre les pratiques et le droit. Le NaS est donc utilisé pour produire des effets négatifs vis-à-vis des acteurs dénoncés, aussi bien sociaux (la honte) qu'économiques (la perte de clientèle, de fournisseurs ou de distributeurs selon les cas, et donc de chiffre d'affaires).

Ainsi, par exemple, le NaS a-t-il été mobilisé à propos de la féminisation des instances dans les entreprises, en particulier quand, en septembre 2017, le secrétariat en charge de l'égalité entre les femmes et les hommes conviait les

---

<sup>16</sup> Pour un éclairage sur cette distinction appliquée à l'évolution de la société de Grèce antique, Eric Robertson Dodds, *Les Grecs et l'irrationnel*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1965.

entreprises à la traîne en la matière à une journée de « sensibilisation » sous peine de voir leur nom diffusé publiquement, celui des deux sociétés volontairement absentes de cette rencontre ayant d'ailleurs été placardé devant les journalistes dans les locaux du secrétariat d'État<sup>17</sup>. Ce serait donc en toute objectivité que les acteurs politiques useraient du NaS afin d'assurer le respect d'obligations définies par le droit<sup>18</sup>. Autrement dit, la présence quasi transparente de l'État dans ce jeu de rôles à multiple facettes contribuerait à faire de la puissance publique un simple vecteur d'informations, à charge pour les dénoncés comme pour les tiers-observateurs (les destinataires de l'énonciation) d'en tirer les conclusions qui s'imposent. Si l'intervention de l'État se présente donc comme (juridiquement) neutre, la publication partielle de certains noms et l'occultation des autres posent des questions en termes d'arbitraire et de partialité.

En effet, la réalisation du *Name* est bien mystérieuse, seule la survenue de la publication des noms des personnes ou sociétés concernées révèle cette pratique, le public n'en ayant pas connaissance au préalable. Toute la partie immergée du NaS, en deçà de la publication, reste secrète, voire obscure aux yeux du profane. D'une part, les études et évaluations préalables conduisant au NaS ne font l'objet d'aucun débat contradictoire, hormis au sein des services administratifs ou des cabinets ministériels. Le risque d'erreur en est donc accru et empêche, en conséquence, toute réflexion sur les critères retenus ainsi que sur le bien-fondé de la réponse apportée. Comment s'opère exactement la sélection des acteurs visés et comment garantir l'absence d'arbitraire, ou au moins une certaine exhaustivité, de la dénonciation ? Qu'est-ce qui permet de garantir un égal traitement des entreprises concernées de la part de l'État, ou au moins de s'assurer un contrôle minimum du respect de ce principe élémentaire ? Le NaS reposant sur une évaluation opaque, des discussions internes et d'éventuelles négociations en amont avec les sociétés concernées, l'objectivité des critères utilisés comme l'égalité de traitement des sociétés ne sont pas garanties. L'engouement pour cette technique apparaît en décalage avec le développement de la transparence de l'action publique, d'autant qu'elle n'appartient pas historiquement à la culture juridique française.

Cette première composante consistant à révéler au public le nom de ceux à qui l'État reproche un certain comportement se caractérise par sa simplicité et sa souplesse, distinguant ainsi la pratique du NaS dont la mise en œuvre est rapide et dépourvue de contrainte d'un droit assorti de garanties procédurales et de débats contradictoires. On peut donc s'attendre à un développement de cette

---

<sup>17</sup> Cette technique avait déjà été utilisée par le ministère du travail qui avait rendu public, le 14 mars 2017, le nom de deux sociétés pratiquant la discrimination à l'embauche.

<sup>18</sup> Plutôt que d'adopter une nouvelle loi pour combattre le harcèlement au travail l'ancien ministre du travail avait choisi, en avril 2010, de diffuser en ligne, sur le site du Gouvernement, la liste des entreprises connues pour faire subir un stress anormal à leurs salariés. Cet usage du NaS aurait, selon certains commentateurs, contribué au départ prématuré du titulaire de ce portefeuille ministériel.

technique en raison de sa facilité d'usage pour les pouvoirs publics. Cette prédiction ne sera pas aussi ferme concernant le *Shame*.

## B. LES CARACTERISTIQUES DISTINCTIVES DU *SHAME*

Le *Shame* découle du *Name*, c'est-à-dire de la présence d'un nom à l'intérieur d'une dénonciation. Il est donc une responsabilité particulière (*accountability*) consécutive à la publication du nom. La honte recherchée par le *Name* recouvre de nombreux objets différents qui constituent, à leur tour, des effets du *Shame*. Cette honte jette l'opprobre, publiquement, sur des personnes ou des sociétés dans le but de faire réagir l'opinion publique. La honte, véritable indignité, rappelle inmanquablement les situations de déshonneur ou d'humiliation en place publique qui ont été observées dans l'histoire (périodes antiques et médiévales notamment) afin de discréditer la parole ou l'action de celui qui est dénoncé<sup>19</sup>.

La simple présence du nom dans la dénonciation constitue une présomption de culpabilité ; elle produira des effets sans avoir eu à démontrer le caractère objectif et sincère de la dénonciation, ni avoir garanti en amont les droits de la défense. Or, le NaS entraîne, pour les sociétés visées, des effets financiers qui ne seront pas nécessairement réparables en cas d'erreur. Le NaS ignore les garanties de la présomption d'innocence, laquelle exige que, avant d'être jeté en pâture à l'opinion publique, l'accusé ait pu se défendre dans le cadre d'un débat contradictoire<sup>20</sup>. Certes, la sanction recherchée à travers le NaS répond à une logique d'ordre économique et, n'étant pas fondée sur un texte juridique, elle n'a pas à être assortie de toutes les garanties offertes par une procédure judiciaire. Par ailleurs, le NaS opère une frontière sans nuance entre ceux qui sont dénoncés et pour qui aucune défense n'a été possible et ceux absents de la dénonciation qui n'ont rien à se reprocher. Outre une absence de discussion de la culpabilité, le NaS ne permet donc pas d'apprécier d'éventuelles circonstances atténuantes. En n'apportant aucune contextualisation ni précision sur les faits reprochés, la dénonciation n'adapte pas son contenu aux circonstances. Dès lors, le NaS ne garantira pas une proportionnalité des éventuelles sanctions et de la gravité du comportement dénoncé.

Toutefois, la pratique du NaS se fonde-t-elle sur une conception naïve au point de reposer sur l'idée que l'opprobre jeté sur une personne l'amènera à se

---

<sup>19</sup> C. Gauvard, « Le jugement entre norme et pratique : le cas de la France du Nord à la fin du Moyen Âge », in *Norm und Praxis im Alltag des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, dir. G. Jaritz, Vienne, 1997, pp. 27-38 ; J.-M. Carbasse, « La peine en droit français », in *La peine*, 2<sup>e</sup> partie, *Europe avant le XVIIIe siècle*, Recueils de la Société Jean Bodin, Bruxelles, 1991, pp. 157-172.

<sup>20</sup> Juliette J.W. Pfaltzer, « Naming and Shaming in Financial Market Regulations: A Violation of the Presumption of Innocence? », *Utrecht Law Review* 134, January 2014 10(1).

conformer aux attentes de ceux qui la dénoncent ? Autrement dit, la honte vis-à-vis de l'opinion publique suffit-elle vraiment à atteindre l'objectif final consistant à modifier le comportement du dénoncé, indépendamment de toute autre sanction ? Certes, la charge symbolique est forte lorsque l'auteur de la dénonciation est une autorité politique, représentante de la Nation et gardienne de l'intérêt général. Si ce facteur a pu être cause d'infamie au cours de l'histoire – le simple fait d'être dénoncé par une certaine autorité dont la parole est quasi-divine ou particulièrement vertueuse jette l'opprobre sur cette personne qui s'en trouve automatiquement ostracisée –, on doute qu'il en soit encore ainsi. Évidemment, une dénonciation de la puissance publique dispose d'un statut spécial vis-à-vis de l'opinion publique, en ce qu'elle participe d'un discours du sens commun qui possède *ipso facto* une dimension collective et repose sur un socle minimum de valeurs partagées. La dénonciation des pouvoirs publics continue donc de produire une honte par la simple énonciation en raison de la force symbolique qui s'attache à son auteur, l'État étant dans l'imaginaire collectif à la fois impartial et porteur de vérité. Pour autant, c'est moins la provenance de la dénonciation – le discours de l'État – qui lui attribue un impact réel que les effets concrets que l'on attend de la part des citoyens partageant, avec l'État, l'idée de honte.

Au-delà de la honte, c'est donc la réaction que celle-ci procure auprès des destinataires qui justifie la pratique du NaS. C'est pourquoi, par exemple, il est prévu dans la future réforme que le fisc, pourtant soumis au secret fiscal, publie les noms des entreprises et particuliers coupables de fraude fiscale aggravée, l'actuel Premier ministre ayant déclaré qu'« il faut que le peuple français sache qui cherche à s'exonérer des obligations fiscales légitimes qui sont à la charge de chacun » (questions au Gouvernement du 31 janvier 2018). C'est donc au peuple que l'on rend des comptes *via* l'intervention de l'État. Les effets recherchés varient selon l'objet de la dénonciation et les catégories de personnes visées (atteinte à la réputation, humiliation publique, perte de la clientèle, baisse du chiffre d'affaires, etc.)<sup>21</sup>. L'objectif est d'atteindre le dénoncé dans ce qu'il a de plus cher en comptant donc sur la rationalité des destinataires : le consommateur comme le client doivent se détourner du dénoncé ou, le cas échéant, les fournisseurs, les concurrents, etc. La honte n'est donc qu'une transition vers des effets moins psychologiques et plus matériels. Or, en ce sens, le NaS se complique passablement dans la mesure où les véritables effets recherchés ne sont pas précisés. Si la honte n'est pas une fin en soi, qu'est-ce qui motive alors la dénonciation ? Quelle est la ou les véritables sanctions qui

---

<sup>21</sup> Outre l'atteinte à la réputation, dont on peut considérer qu'elle est méritée en cas de faute grave, la publicité-exemplarité a pour conséquence indirecte de favoriser les concurrents de la société fautive ou d'empêcher le développement de partenariats économiques CA Paris, 31 mars 2008, n° 08/02370 ; CA Paris, 30 avril 2009, n° 09/06019.

fondent cette pratique dont on attend des conséquences directement préjudiciables pour le dénoncé ?

Le droit n'est pas évacué de cette dénonciation puisqu'il peut réapparaître en aval, dans les hypothèses de contestation du NaS. La réponse juridique peut être pénale, civile comme administrative. Les personnes visées se présentent parfois comme les victimes d'un mensonge ou de violence morale à leur rencontre, ce qui les conduit alors à porter plainte selon les cas pour dénonciation calomnieuse (article 226-10 du Code pénal), diffamation (article 29 de la loi du 29 juillet 1881), injure publique (articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881), dénigrement (article 1382 du Code civil), etc. Au regard des caractéristiques du NaS, certaines infractions sont plus appropriées que d'autres, à commencer par la diffamation, en raison notamment du caractère public qui est retenu pour apprécier l'atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne clairement identifiée. La diffamation conteste donc bien l'association entre le *Name* (la personne identifiée) et le *Shame* (l'atteinte publique à la réputation). La dénonciation calomnieuse, qui consiste dans le fait de porter à la connaissance d'une autorité intéressée (officier de justice ou de police) un fait mensonger mais répréhensible, convient également aux accusations de mauvaise foi portées contre une personne visée par le NaS<sup>22</sup>.

Le droit intervient donc pour réparer moins les effets négatifs du NaS que ses usages détournés dans un but de porter préjudice à la personne visée. Le droit condamne l'usage d'un NaS employé, à mauvais escient, pour nuire, et non pour informer. Le juge veille donc à ce que l'atteinte à la réputation ne soit pas excessive. Ainsi le Conseil d'État juge-t-il que, « si la société condamnée se prévaut de la circonstance que la publication de cette décision est de nature à porter atteinte à son image sur la place de Paris et donc à affecter immédiatement les courants d'affaires qu'elle traite, alors que les faits sanctionnés sont anciens et imputables seulement aux anciens dirigeants, que le contrôle de la société a changé et que la nouvelle direction a corrigé les errements relevés, ces circonstances sont expressément mentionnées dans la décision du 5 octobre 2006 dont la publication intégrale est ordonnée »<sup>23</sup>. Le droit donne au NaS ses propres

---

<sup>22</sup> Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 24 septembre 2013, la Cour de cassation a jugé que la critique formulée à l'encontre d'un produit ou service d'un concurrent engage la responsabilité de son auteur au titre de la concurrence déloyale par dénigrement, indépendamment du fait de savoir si la critique formulée était fondée. La Cour rejette la qualification de sanction de la publication, écartant du même coup la critique portant sur son absence de base légale, et considère qu'il s'agit d'une mesure de réparation décidée souverainement pas les premiers juges (Cour cass. Ch. com. 24 septembre 2013, n° 12-19790).

<sup>23</sup> CE, 14 décembre 2006, n° 298912, Mentionné dans les Tables ; CE, 17 novembre 2004, 261349, Mentionné dans les Tables ; CAA Paris, 18 décembre 2001, n° 99PA00484 inédit au recueil. En matière disciplinaire, le juge administratif admet parfois le préjudice moral qui découle de la publicité, lorsqu'elle intervient longtemps après le prononcé de la sanction (CAA Paris, 15 février 2007, n° 04PA03370, CE, 28 juillet 1999, n° 202606 203438 203487 203541 203589, Mentionné dans les Tables ; CE, 14 avril 1999, n° 202605 203623 ; CE, 8 juillet 1998, n° 189244 189343). Il est donc plus réticent à admettre la publication

traits de caractère ; les sanctions juridiques bornent les contours de cette technique en façonnant les frontières de sa légitimité.

### C. LE LIEN DE CAUSALITE ENTRE LE *NAME* ET LE *SHAME*

La pratique du NaS repose sur le lien de causalité entre le *Name* et le *Shame*. On attend de la dénonciation une certaine réponse de la part des destinataires, laquelle se présente comme quasi naturelle. Or, derrière le sceau de l'évidence, se présente un aléa difficilement évitable qui marque la dimension économique de cette pratique. En effet, cet aléa est sous-tendu par des soubassements théoriques utilisés par les économistes. Le NaS est le produit d'une anticipation économique<sup>24</sup> qui repose sur la théorie rationaliste de l'*homo economicus*<sup>25</sup>.

C'est parce que l'*homo economicus* est envisagé comme un être rationnel et omniscient que les anticipations sont rendues possibles. Or, la réaction attendue de la part du destinataire (consommateurs, distributeurs, etc.) suppose que celui-ci partage l'indignation de l'auteur de la dénonciation, c'est-à-dire qu'ait lieu une coïncidence des valeurs entre l'auteur, le ou les destinataires et l'objet dénoncé. L'objet de la dénonciation doit donc avoir pour corollaire de protéger une valeur consensuelle qui interpelle immédiatement celui qui est censé réagir. Autrement dit, la honte recherchée repose effectivement sur ce destinataire dont on attend qu'il tire des conséquences, allant au-delà du simple opprobre public, afin de faire réagir à son tour ceux qui sont dénoncés pour les pousser à modifier leur comportement. Le lien de cause à effet dépend donc d'un ensemble complexe de facteurs qui repose en fin de compte sur les valeurs colportées par la dénonciation (son objet) que les destinataires doivent partager. Autant dire que la réussite du NaS s'avère très incertaine et, surtout, difficile à anticiper aussi bien quantitativement que qualitativement<sup>26</sup>.

La dangerosité du NaS s'exprime ici dans son incapacité à contrôler les conséquences négatives qu'il produit. D'une part, l'usage du NaS est incapable en lui-même d'assurer le lien de cause à effet sur lequel se fonde son usage, rien

---

d'une sanction en matière disciplinaire, lorsqu'elle touche une personne physique, le préjudice moral et l'atteinte à la réputation étant plus sensibles que pour les personnes morales agissant sur le marché économique.

<sup>24</sup> Hayek parle « d'anticipations légitimes » ou « d'attentes légitimes » F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, coll. Quadrige, Grands Textes, 2007, p. 242 et s.

<sup>25</sup> J. Fox, « The uncertain relationship between transparency and accountability », in *Development in Practice*, Volume 17, Numbers 4-5, August 2007.

<sup>26</sup> La commission des sanctions de l'AMF s'assure par exemple que la publication des sanctions qu'elle prononce « n'est pas de nature à perturber le marché », une telle appréciation s'avérant aléatoire dans la mesure où il est difficile d'anticiper les réactions du marché (v. AMF, 19 décembre 2006, SAN-2007-25AMF, 21 décembre 2006, SAN-2007-08 ; AMF, 19 janvier 2007, SAN-2007-11 ; AMF, 14 septembre 2006, SAN-2006-22 ; AMF, 16 novembre 2006, SAN-2007-07 ; CE, 22 décembre 2006, n° 299204). Si l'Autorité affirme contrôler la potentialité d'une telle perturbation, rien n'indique en revanche le mode d'évaluation et les méthodes employées.

ne garantissant *in concreto* que la dénonciation entraînera une conséquence bien réelle et, surtout, la conséquence effectivement attendue. Dans le prolongement de cette idée, d'autre part, le NaS n'apporte pas une juste proportion entre la sanction et l'objet de la dénonciation. La réussite de la sanction, son étendue comme sa durée sont laissées à la libre appréciation de tiers, constitués par les concurrents et les consommateurs. Dès lors, aucune sanction n'est a priori déterminée puisque ni l'auteur du NaS ni les récepteurs pris individuellement ne sont en mesure d'anticiper les effets de cette pratique. En somme, l'usage du NaS est sujet à de profondes incertitudes dépendant de contextes et de circonstances immaîtrisables par les dénonciateurs, et susceptibles d'amplifier les effets sans anticipation possible. La subjectivité qui gouverne cette pratique la rend aléatoire et potentiellement disproportionnée.

Un tel constat n'est pas dénué de paradoxe pour une technique qui se présente pour le marché économique comme autorégulatrice, apportant information et stabilité. Alors que l'information produit une rationalité du marché en apportant une concurrence pure et parfaite ainsi que des anticipations pour les acteurs et une bonne régulation de leurs rapports concurrentiels, le NaS contredit tous les objectifs qu'il est censé atteindre<sup>27</sup>. Dans la mesure où les réactions des uns et des autres ne peuvent être anticipées et les effets du NaS étant incalculables, le dénoncé a-t-il vraiment intérêt à modifier son comportement ? Et, en cas d'inertie du dénoncé, à quoi sert le NaS hormis à produire d'éventuelles interférences temporaires dans le jeu de la concurrence qui se trouve hypothétiquement faussé pour des raisons alors peu objectives ?

Il en ressort, enfin, une difficulté juridique quant à l'évaluation réelle du préjudice subi par le NaS. En l'absence de prévisibilité du lien de cause à effet entre la dénonciation et ses conséquences, il apparaît impossible de mesurer la part de la dénonciation dans les effets négatifs subis par une personne ou une société. Comment apprécier, voire évaluer, la perte de clientèle ou de chiffre d'affaires ou, plus complexe encore, l'atteinte à la réputation isolant, par exemple, un individu au sein de sa profession ou dans sa vie privée découlant du NaS ? Ces effets sont-ils la conséquence du Shame et, en amont, comment mesurer, voire même s'assurer, d'un *Shame* ? Le juge peut-il avoir les outils pour apprécier l'existence d'une honte ou d'une indignation sur la place publique, voire d'un lien entre la dénonciation et ses effets économiques ?

## II. LE *NAME AND SHAME* COMME MUTATION PARADOXALE DU DROIT

---

<sup>27</sup> V. « To Shame or not to Shame: That is the question », <https://www.business.unsw.edu.au>.

La relation du NaS politique et du droit n'est pas univoque mais se traduit par une influence croisée. Si le droit tend de plus en plus à copier le NaS en inscrivant de nouveaux outils dans son corpus (A), il contribue également à structurer cette pratique qui repose en fin de compte sur la volonté de garantir l'effectivité des règles juridiques (B). Il en ressort une mutation paradoxale du droit qui se trouve concurrencé par d'autres techniques de régulation au nom de l'efficacité de l'action politique sur le marché économique (C).

#### A. UN DROIT INFLUENCÉ PAR LA TECHNIQUE DU NAS

Le NaS semble inspirer de nombreuses pratiques qu'il contribue à développer au sein du droit. La coïncidence entre le droit et le NaS tourne autour de l'idée générale d'exemplarité. Ainsi plusieurs techniques partagent-elles un véritable « air de famille » avec le NaS. Le développement de la publicité par les outils du droit constitue un phénomène que l'on peut relier au NaS, *soft law* et NaS se renforçant mutuellement<sup>28</sup>. On la retrouve par exemple en matière d'appellation d'origine contrôlée (article L. 115-16 du code de la consommation), de loteries publicitaires (article L. 121-41), de conformité des produits et services (article L. 216-3), de crédit à la consommation (L. 311-34), d'intermédiation au règlement des dettes (article L. 32281) ou d'usure (article L. 313-5), etc. Soit la publicité, portant notamment sur les sanctions prononcées à l'encontre de certaines sociétés, constitue une juridicisation du NaS, soit elle est combinée avec celui-ci.

La multiplication des obligations d'information financière prévues par le droit va souvent de pair avec la menace d'un NaS. Ainsi, par exemple, depuis la loi du 9 décembre 2016, dite Sapin 2, les commissaires aux comptes doivent certifier les comptes annuels, mais aussi préciser si leurs clients respectent les délais de paiement maximum légaux (soit 60 jours calendaires à date de la facture) envers leurs fournisseurs et leurs clients. Or, désormais, ils ont l'obligation légale de transmettre ces informations au ministère de l'Économie lors de manquements répétés aux délais, le ministre de l'économie de l'époque ayant alors indiqué que la publicité des sanctions serait encouragée via la pratique du NaS. L'engouement pour cette exigence d'exemplarité a contribué à inscrire, dans de nombreux régimes juridiques, la publication des sanctions, principalement celles des AAI<sup>29</sup>. Par exemple, la DGCCRF rend publiques certaines de ses injonctions et de ses sanctions, cette publication étant prévue par

---

<sup>28</sup> P. Deumier, J.-M. Sorel, *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Paris, LGDJ, févr. 2018, spéc. la contribution de R. Bismuth.

<sup>29</sup> Pour une étude sur le développement de la publicité-exemplarité ainsi que sur son régime juridique, on se permettra de renvoyer à J.-F. Kerléo, « La publicité-exemplarité. Le droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », RFDA n° 4, juill-sept 2015, pp. 751-761.

la loi du 17 mars 2014. Dans un référé du 18 décembre 2017 envoyé au Ministre de l'économie et à la Garde des Sceaux, la Cour des comptes se prononce d'ailleurs en faveur d'une plus large diffusion publique des sanctions prononcées par la DGCCRF afin d'en garantir une meilleure effectivité.

Outre l'efficacité de la sanction que la diffusion contribue à renforcer en lui accordant une dimension exemplaire, cette publicité s'entend aussi de la volonté d'informer les personnes qui auraient été victimes sans le savoir des agissements de la personne condamnée. À cette fin, la publication la plus large et le choix des supports retenus sont déterminants pour cibler le public concerné<sup>30</sup>. La société *JC Decaux* a été ainsi condamnée à adresser une lettre à chacune des collectivités avec lesquelles les sociétés du groupe Decaux entretiennent des relations contractuelles. La Cour d'appel de Paris, confirmant la décision de sanction du Conseil de la concurrence, a validé l'obligation de publier les visas de la décision, le texte énoncé aux paragraphes n° 113 à n° 119 et les articles 1er et 2 du dispositif, dans « La Gazette des communes, des départements et des régions »<sup>31</sup>. La décision de publication informe les collectivités territoriales potentiellement victimes et les encourage à former des recours en s'appuyant sur la décision ainsi rendue.

Tout un contentieux s'est développé autour de cette publicité qui est, selon les cas, qualifiée de peine complémentaire<sup>32</sup> ou de simple préalable à la procédure de sanction ouverte à l'encontre d'un opérateur<sup>33</sup>. Se posent alors des questions de proportionnalité de la publicité<sup>34</sup>, des hypothèses d'anonymat ou de motivation<sup>35</sup>. Sans être qualifiables de NaS dès lors que ces mesures constituent des règles juridiques à destination des autorités administratives et juridictionnelles, il est probable que ces exigences soient transposées, au moins

---

<sup>30</sup> A. Ghose, U. Rajan, « The economic impact of regulatory information disclosure on information security investments, competition, and social welfare », Workshop on Economics of Information Security, 2006, <http://weis2006.econinfosec.org/docs/37.pdf>

<sup>31</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch. 21 février 2006, n° 2005/14774 ; décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-36 du 30 Juin 2005.

<sup>32</sup> Cour cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 9 mars 2004, n° 01-11.296, *AOL* ; Cour cass., Ch. crim., 28 février 1996, n° 95-80.992

<sup>33</sup> Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *op. cit.*

<sup>34</sup> Ainsi, par exemple, la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel s'assure que la publication « n'est pas susceptible de perturber les marchés financiers », avant de prononcer la publication de sa décision (Procédure n° 2013-03 bis du 7 avril 2014, *Cardif Assurance vie* ; Procédure n° 2012-03 du 25 juin 2013, *UBS (France) SA*). Sur la proportionnalité, pour des exemples jurisprudentiels prenant en compte les circonstances de l'espèce, l'ancienneté des faits reprochés, v. TGI Paris, 31 janvier 2013, RG 11/13119 ; CA Paris, Pole 5, ch. 1, 14 novembre 2012 et CA Paris, Pole 5, ch. 1, 19 décembre 2012 ; TGI Paris, 22 février 2013, *AFNOR* ; CA Pau, 31 mars 2010, RG 2008/03826, *Brod'matic / Cloud's* ; CA Paris, 20 février 2013, *Nova*.

<sup>35</sup> Le Conseil d'État considère que « si la décision par laquelle la Commission des sanctions (...) a rendu publique la sanction qu'elle a prononcée constitue, en l'espèce, une sanction complémentaire, celle-ci n'avait pas à faire l'objet d'une motivation spécifique, distincte de la motivation d'ensemble de la sanction principale » (CE, 9 novembre 2007, n° 298911).

partiellement, à la dénonciation nominative et publique des autorités politiques. Rien ne justifie que le NaS d'origine politique soit assorti de moins de garanties que les mesures de publication-sanction désormais utilisées par les autorités administratives. On peut s'attendre à l'apparition d'un nouveau contentieux qui sera porteur, sans aucun doute, d'évolutions juridiques pour la pratique du NaS en plein développement.

## B. LA TECHNIQUE DU NAS STRUCTUREE PAR LE DROIT

Le droit est présent, mais non systématiquement, en amont comme en aval de la pratique du NaS. Tout d'abord, le NaS opéré par les outils économiques vise à dénoncer des pratiques non conformes au droit (travail illégale, inégalité femme/homme, fraude fiscale, etc.). L'objet du NaS consiste donc à révéler une illégalité du point de vue du droit, situant ainsi cette technique comme garde-fou des règles juridiques. En aval, le NaS est utilisé en vue d'obtenir une réponse juridique à la dénonciation effectuée. C'est une réaction de l'ordre juridique qui met en mouvement le NaS et le justifie. En somme, le NaS constitue la première étape, *de facto* et non encore *de jure*, d'une information judiciaire ou d'une procédure juridictionnelle. Dès lors, apparaît une interdépendance entre le droit et le NaS, laissant supposer une influence des techniques néolibérales sur l'activité politique, et inversement.

Tout d'abord, le droit peut constituer un support au NaS. D'une part, la production et la diffusion de l'information s'effectuent par le biais d'autorités parapubliques. Le développement des AAI repose sur cette logique de quasi-autorégulation du marché économique et financier en mettant à disposition des concurrents et des investisseurs les informations nécessaires à leur activité<sup>36</sup>. Ces instances prononcent des sanctions qui sont ensuite largement diffusées auprès des acteurs, afin d'associer aux conséquences juridiques les effets économiques recherchés dans la pratique du NaS. L'Autorité des marchés financiers publie systématiquement les accords transactionnels et ses décisions de sanctions pendant cinq ans. Par ailleurs, elle rend également publiques des mises en garde à propos de pratiques de sociétés nominativement citées, sur le fondement des signalements de particuliers et de vérifications de la part de ses services<sup>37</sup>. Dans le prolongement de cette structuration institutionnelle, le droit crée, d'autre part, les supports de diffusion. Rationalisation et centralisation de l'information sont

---

<sup>36</sup> On trouve un procédé de rationalisation particulièrement abouti aux États-Unis avec le courant théorique dénommé transparence ciblée (*targeted transparency*), incluant des questionnements sur le NaS, qui vise à mesurer le degré de transparence maximum ou minimum dans différents domaines économiques et politiques : v. A. Fung, M. Graham, D. Weil, *Full Disclosure. The Perils and Promise of Transparency*, New York, Cambridge University Press, 2010.

<sup>37</sup> V. loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, JORF n° 0247 du 23 octobre 2010, p. 18984.

deux des principaux avantages qu'en retirent les acteurs économiques, pour qui une information plus impartiale et facilement disponible est mise à disposition.

L'intervention du droit modifie, toutefois, la perspective du NaS qui est insuffisante à assurer, à elle seule, l'autorégulation du marché. Si le NaS n'est motivé que par la sanction de nature économique, l'autorégulation n'en garantit pas l'effectivité, ni vis-à-vis des concurrents ni envers les consommateurs. La puissance économique d'une société ne respectant pas les règles du jeu concurrentiel peut aussi bien annihiler les effets du NaS lorsque le marché est, par exemple, oligopolistique, qu'anéantir toute tentative de NaS par peur de représailles de la part de nouveaux arrivants ou de concurrents plus faibles. Le droit se trouve donc mobilisé pour accorder au NaS une véritable effectivité ou bien pallier ses défaillances en reprenant à son compte les techniques et les objectifs d'un NaS. Il en ressort l'émergence de pratiques hybrides, le NaS étant fréquemment couplé au droit, et inversement. Finalement, le NaS s'apprécie assez rarement dans sa nudité propre et se trouve souvent assorti d'une dimension politico-administrative *via* l'intervention du droit.

Ce rôle d'intermédiaire du droit permet d'individualiser plus strictement le NaS, lequel constitue une catégorie particulière de dénonciation structurée par une norme, le plus souvent juridique. Ainsi la dénonciation prend souvent son sens à partir d'un comportement qualifié d'infraction au sens du droit, il peut même s'agir d'informer un public des infractions commises par des personnes ayant déjà été condamnées. La publication de cette condamnation constitue ainsi une double peine. Dans cette hypothèse, le NaS relaie le droit (ou en constitue un vecteur de transmission) en dehors de ses procédures et pour des objectifs qu'il n'a pas pour objet de remplir (délation, mise en garde, vengeance, etc.). C'est donc la place du droit dans le processus de dénonciation qui caractérise le NaS vis-à-vis d'autres techniques d'information nominative et publique.

Ensuite, le droit va contribuer, d'une manière générale, à l'association du *Name* et du *Shame* par le biais de la norme juridique prise comme support de la dénonciation. C'est donc le droit qui assure paradoxalement le lien de causalité précédemment évoqué entre les deux composantes du NaS. La honte est susceptible de se porter sur la personne visée parce que son comportement enfreint (ou est lié à) une norme juridique, régulièrement adoptée et socialement admise. Le recours au droit attribue un caractère légitime au NaS en accordant à son objet une dimension officielle et socialement valide. La règle juridique est censée produire, d'une manière paradoxale dans la mesure où le droit se caractérise par un phénomène d'imputation, un lien de cause à effet entre le *Name* et le *Shame*. Autrement dit, les deux composantes du NaS sont finalement juridiquement articulées, la publicité accentuant évidemment l'ampleur de la honte subie. De ce point de vue, le NaS se détache des dénonciations ordinaires par sa dimension collective, sa diffusion publique ayant pour objet de la faire

connaître au-delà des personnes visées et susceptibles de les sanctionner. Finalement, la pratique du NaS articule le social (économie incluse) et le droit.

Enfin, le droit réinvestit les pratiques constitutives du NaS lorsqu'elles sont utilisées par les autorités administratives. En revanche, les recours pour excès de pouvoir contre des NaS politiques n'ont pas été admis par le juge administratif, mais le développement de sa jurisprudence sur le droit souple laisse présager une extension future dans la mesure où s'accroissent les effets économiques du NaS pour les opérateurs économiques. Le Conseil d'État ne s'y est pas trompé lorsqu'il a admis, dans les arrêts du 21 mars 2016, *Fairvesta* et *Numéricable*<sup>38</sup>, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des communiqués émanant d'autorités de régulation « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Ces textes ne restent donc pas sans influence sur le marché économique et deviennent, en ce sens, des actes faisant griefs susceptibles de recours en annulation. Le NaS n'échappe donc pas ici au droit qui le réintègre, pour mieux le contrôler, sous la qualification de « droit souple ».

Les autorités publiques freinent parfois l'usage du NaS afin d'en limiter les effets préjudiciables pour les personnes dénoncées. Ainsi, par exemple, la CADA a-t-elle refusé à des associations, dans un avis du 29 janvier 2017, la communication de la liste des entreprises franciliennes ne respectant pas l'égalité femmes-hommes. Cet avis ayant été suivi par le Tribunal administratif de Paris qui a validé le refus de communication dans une décision du 22 février 2018. Si une telle décision démontre la prise en charge progressive du NaS par le juge – les associations ayant demandé la communication avaient pour objectif de rendre publique la liste afin notamment de bloquer la possibilité pour les entreprises visées de candidater à un marché public – elle peut aussi surprendre par son décalage vis-à-vis de l'usage politique du NaS, la secrétaire d'État n'ayant pas hésité de son côté à diffuser le nom de sociétés ne respectant pas l'égalité femme/homme dans leurs instances.

De ce point de vue, le NaS est insuffisant à incarner un élément pur et parfait de l'autorégulation du marché et fait intervenir, en creux, la norme juridique. Celle-ci vient notamment combler l'asymétrie d'informations qui persiste au sein du marché pour structurer un NaS dont la fiabilité du contenu ne repose pas toujours sur un calcul très rationnel de la part des régulateurs comme des acteurs économiques<sup>39</sup>. Ce lien avec le droit, direct ou indirect selon les cas, facilite sa

---

<sup>38</sup> CE 21 mars 2016, *Fairvesta et Numéricable* (2 esp.) n° 368082 ; AJDA 2016, p. 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet

<sup>39</sup> Sur la nécessité d'intégrer le droit au NaS pour en garantir l'autorité et, surtout, éviter toute incapacité à anticiper les situations de crise économique, Edward F. Greene, Joshua L. Boehm, « The Limits of Name-and-Shame in International Financial Regulation », 97 *Cornell Law Review* 1083 (2012), p. 1082, spéc. p. 1133 et s.

récupération par les acteurs politiques qui jouent ainsi le jeu du marché tout en gardant un biais juridique pour agir. Toutefois, la prise en compte du NaS par le droit cherche encore sa propre cohérence : entre action politique, administrative et citoyenne se profilent de nouvelles pratiques et de nouveaux enjeux qu'il conviendra d'harmoniser juridiquement. Toujours est-il que le NaS constitue un retour en force des pouvoirs publics dans le jeu du marché là où il marginalise en partie le droit comme mode d'action de l'État.

### C. LE RETOUR AMBIGUË DE LA PUISSANCE PUBLIQUE DANS LE JEU DU MARCHÉ

L'usage du NaS engendre un renouvellement des fonctions de l'État et de ses modes de fonctionnement. La principale nouveauté du NaS réside dans la manière de faire respecter le droit. Les acteurs politiques marginalisent les procédures prévues par le droit en recourant à la technique de la dénonciation de fait (ou à sa menace). Il en ressort que l'État s'organise sans le droit puisqu'il recourt aux moyens du marché pour imposer sa propre partition vis-à-vis des acteurs économiques. Toutefois, le droit n'est jamais complètement écarté puisque la dénonciation a pour objet, on l'a dit, le respect d'une norme juridique ou l'affichage public de son non-respect. Dès lors, l'État reste le producteur des obligations sur lesquelles reposent le NaS et donc ici l'organisation du marché. Deux implications majeures découlent de cette orientation de l'action politique.

En recourant aux techniques du marché, l'État entre de plain-pied dans le jeu concurrentiel et en devient un acteur stratégique<sup>40</sup>. Les réactions de la puissance politique peuvent modifier les comportements des acteurs économiques ainsi que leur image sur le marché : valorisation de certains secteurs, promotion de sociétés nationales ou atteinte à leur réputation sont autant d'effets attachés à une prise de position de l'État. L'usage du NaS n'est donc pas sans influence sur le bon fonctionnement du marché économique alors que, par principe, cette pratique ne connaît ni encadrement, ni limite. Il n'est donc pas exclu que l'État l'utilise dans une visée stratégique en vue de favoriser des sociétés de nationalité française ou des entreprises publiques. Aucune obligation de motivation, comme pour un acte administratif défavorable, ne vient étayer la liste limitative des sociétés visées par une dénonciation, ce qui permettrait à l'État d'occulter le nom de certaines d'entre elles en vue d'obtenir des contreparties préalablement négociées. Parfois, l'usage du NaS constitue un argument préalable à la volonté de faire évoluer la législation, notamment européenne, comme l'atteste la déclaration, en février 2018, de la Ministre du

---

<sup>40</sup> Sur la notion de régulation et le rôle de l'État, v. J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et société* n° 49, 2001, p. 846.

travail en faveur d'une « généralisation de la publicité des condamnations pour travail illégal ».

Pourtant, l'intervention de l'État sur le marché est censée être neutre, en vertu notamment des exigences de l'Union européenne. Or, la justification intrinsèque du NaS réside dans cette volonté d'influer sur les comportements afin de les amener à produire des effets, parfois implicites. Contrairement à une règle de droit, le NaS ne fait pas l'objet d'une discussion publique et contradictoire entre les gouvernants, les objectifs de son usage n'ont donc pas été soumis à une controverse qui désamorcerait éventuellement les effets négatifs et envisagerait *a priori* les utilisations potentiellement détournées. Alors que les risques sont dans l'ordre politico-juridique discutés *via* des procédures organisées par le droit, incluant par exemple un débat public entre majorité et opposition ainsi qu'un contrôle objectif, le NaS échappe à toute réflexion de ce genre en n'ayant finalement aucune délimitation préalable de son propre terrain de jeu (contrairement au droit). Non seulement le recours au NaS n'est pas démocratiquement justifiable, mais il constitue en plus une stratégie d'évitement pour l'État lui permettant d'écarter toute réflexion sur les limites de sa propre intervention<sup>41</sup>. De ce point de vue, le NaS pose des difficultés en termes d'évaluation de la part des gouvernants comme des citoyens et évite à l'État de rendre compte de son action. Autrement dit, l'État n'a pas à justifier son usage du NaS comme il aurait à le faire dans le cadre d'une procédure juridique, ce qui pose d'autant plus de difficultés que cette dénonciation n'est pas assortie de garanties. Le lien de cause à effet entre la dénonciation et la sanction économique (des concurrents ou des consommateurs) s'effectue par l'intermédiaire de l'État, lequel se pose comme un tiers impartial dont le jugement serait nécessairement objectif et fiable. Or, rien ne garantit cette impartialité de l'État dans l'usage politique du NaS.

Une telle évolution des pratiques contribue à renforcer, paradoxalement, la bureaucratisation du politique tant dénoncée par les néo-libéraux<sup>42</sup>. En effet, ce sont davantage les rapports, analyses, avis, recommandations des autorités administratives qui contribuent à structurer le marché économique du point de vue de la puissance publique que des règles juridiquement formalisées ayant fait l'objet d'une discussion politique. La liste des entreprises visées par une dénonciation a été établie par les services de l'État, en fonction de critères propres, et dans le but de dénoncer le non-respect de recommandations ou d'avis produits par lesdits services. Mais l'évaluation préalable ayant conduit au NaS

---

<sup>41</sup> À propos de la concurrence entre État et marché sur les modes d'organisation de la vie sociale, les pouvoirs publics cherchant toujours à privilégier leurs intérêts et à développer la bureaucratisation, J. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962, p. 252.

<sup>42</sup> G. Tullock, *Politics of Bureaucracy*, Washington DC, Public Affairs, 1965.

reste en grande partie opaque : on suppose même l'existence de discussions, voire de négociations avec les sociétés concernées préalablement à son usage (ou entre sa menace et son recours effectif). Dès lors, le NaS accroît évidemment le secret administratif, et dans son prolongement le soupçon de connivence entre l'État et les acteurs économiques, voire la suspicion d'accords tacites jouant ainsi avec les règles juridiques.

Dans un sens opposé, rien ne permet de garantir que l'État ne sera pas lui-même manipulé par les acteurs économiques en vue d'atteindre des objectifs dont il n'est pas en mesure d'apprécier la portée (problème de l'asymétrie d'informations<sup>43</sup>). C'est ce que l'on appelle en théorie économique le « risque moral » ou « l'aléa moral »<sup>44</sup>. L'usage du NaS est dépendant de l'acquisition d'informations fiables, alors que le jeu concurrentiel est, au contraire, facteur de manipulation des données sur lesquelles s'appuie la puissance publique pour agir. Or, l'absence de recours au droit dans la distribution de cette information conduit à accroître les risques de manipulation : la discussion et la contradiction publiques, les procédures d'enquête et d'instruction constituent autant de garanties contre l'instrumentalisation de l'information. Le risque, pour reprendre les termes de l'analyse économique, réside donc dans l'asymétrie d'informations entre l'État et les acteurs économiques<sup>45</sup>. Or, la rétention, ou déformation, de l'information constitue évidemment une tactique pour les acteurs cherchant à se protéger de leurs concurrents et à les discréditer par diverses manœuvres. En récupérant l'information circulant sur le marché pour fonder les dénonciations du NaS, l'État se trouve donc impliqué dans ce jeu de dupe qui le soumet directement aux stratégies concurrentielles des acteurs.

L'évacuation de toute objectivité du marché du fait de l'indisponibilité de l'information, ou du moins de son manque de neutralité, impose au NaS une dimension subjective en l'impliquant dans la concurrence des intérêts privés. L'usage politique du NaS modifie ainsi l'action de l'État qui se trouve, à l'instar de n'importe quel acteur du marché, mu par des intérêts personnels et subjectifs étrangers à toute légitimité supérieure. La dimension politique du NaS se trouve donc dissoute dans une logique économique diluant ainsi la puissance publique dans une confrontation plus ou moins spontanée entre les intérêts divergents des

---

<sup>43</sup> Sur cette question du point de vue du courant néo-institutionnaliste initié au début du XXe siècle par J. R. Commons, T. Veblen et W. C. Mitchell, aujourd'hui représenté par O. E. Williamson, ou de la théorie des contrats incomplets de J. Tirole et de O. Hart (v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2007, p. 92).

<sup>44</sup> Sur cette notion, v. K. Arrow, *Théorie de l'information et des organisations*, Paris, Dunod, coll. Théories économiques, 2000.

<sup>45</sup> P. M. Healy, K. G. Palepu, « Information asymmetry, corporate disclosure, and the capital markets: A review of the empirical disclosure literature », *Journal of Accounting and Economics*, 31, 2000, pp.405-440.

acteurs du marché (dont ceux de l'État)<sup>46</sup>. Le NaS est soumis à un certain arbitraire politique qui se déploie selon une double influence contradictoire : soit l'État interfère dans le jeu du marché par le biais d'une bureaucratisation accrue de son action, qui favorise notamment le secret, soit il protège ses intérêts en subjectivant son action par sa soumission au jeu du marché. Quels que soient ses enjeux, les effets du NaS politique apparaissent donc peu satisfaisants.

*In fine*, l'analyse des rapports du droit à la pratique politique du NaS conduit à opérer des conclusions tout en nuances. Certes, le NaS annonce la diminution de la portée symbolique du droit ainsi que la concurrence croissante des stratégies d'influence sur la contrainte juridique. De ce point de vue, l'ordre économique prend le pas sur l'ordre juridique, d'autant plus que l'efficacité de ce dernier dépend désormais de techniques économiques et financières comme le NaS propres aux instances internationales de régulation. Alternative au droit, le NaS renforce dans le même temps son application puisque son usage politique est justifié par la recherche du respect de règles juridiques préexistantes. Il constitue donc un moyen non juridique (ou de *soft law*) de garantir l'effectivité du droit. Cette même ambiguïté se manifeste vis-à-vis de l'État qui utilise les outils du marché pour capter une légitimité symbolique décroissante. Le NaS dessine alors une nouvelle tension entre l'État et le marché, le premier cherchant de nouveaux moyens d'imposer son autorité à un marché économique dont l'efficacité structure progressivement l'action politique. L'usage politique du NaS représente bien cet entrelacs de moins en moins démêlable et déchiffrable entre État et marché, contribuant à une mutation des formes et matières du droit, voire à sa substitution.

---

<sup>46</sup> Sur cette question, V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, coll. corpus essais, 2002.

# UNE AMÉRICANISATION DU DROIT DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE FRANÇAIS ?

Par

Catherine PUIGELIER  
Professeur à l'Université Paris Lumières (Paris VIII)  
Membre du Laboratoire de droit social  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
CERSA / CNRS

« De tous les pays où s'établissent les réfugiés, les États-Unis sont les seuls à disposer d'une exception aux lois d'immigration en faveur des universitaires et des intellectuels ».

Diane Dosso, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », in Tournès L. (dir.), *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens*, Paris, Ed. Autrement 2010, p. 119.

Pierre Joliot<sup>1</sup> écrit dans un ouvrage sur sa passion de la recherche que grâce à Bessel Kok, un chercheur américain d'origine hollandaise, il fut invité aux États-Unis où il vécut « une période de communication intense »<sup>2</sup>.

Il relève toutefois que de retour dans son laboratoire (en France) il s'aperçut qu'il lui était devenu « beaucoup plus difficile de faire preuve d'originalité dans la conduite de [ses] recherches »<sup>3</sup>. Je partageais, dit-il, « avec mes collègues et concurrents un fonds commun de connaissances, mais aussi de dogmes et de préjugés »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Professeur au Collège de France et membre de l'Académie des sciences.

<sup>2</sup> Pierre Joliot, *La recherche passionnément*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 91.

<sup>3</sup> *Id.*, p. 92.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 92.

Les propos de Pierre Joliot illustrent bien le rapport ambivalent (et compliqué) que nous entretenons avec les États-Unis et plus encore avec la recherche scientifique américaine.

Les États-Unis connaissent une recherche scientifique qui semble davantage ouverte aux idées nouvelles et davantage dotée de supports financiers<sup>5</sup>. Pourtant, nous oscillons (en France) – eu égard à un fonds commun de connaissances<sup>6</sup> et sans doute à des dogmes et préjugés – entre un appel en faveur, une crainte à l'égard ou un rejet<sup>7</sup> d'un regard américain sur notre recherche scientifique française et par suite sur notre droit de la recherche scientifique français<sup>8</sup>.

Les États-Unis ont pu apporter à la recherche scientifique française en termes de protection des libertés ou en termes d'innovations<sup>9</sup>. Ils ont par la force des choses apposé leur empreinte sur le paysage de la connaissance française (que ce soit sur les structures d'enseignement et de recherche de droit public ou sur les structures d'enseignement et de recherche de droit privé)<sup>10</sup>.

Reste à savoir si cette empreinte a réellement abouti à une américanisation du droit de la recherche scientifique français<sup>11</sup>.

Une réponse à cette question nécessite deux temps.

Un premier temps permettra de rappeler des périodes où nous avons porté nos regards vers les États-Unis (chaque partie de l'étude contenant ces rappels).

Un deuxième temps permettra de s'interroger sur le point de savoir s'il convient de déplorer ou de relativiser ces regards vers les États-Unis (la première partie de l'étude contenant un rejet de ces regards et la deuxième partie de l'étude contenant une réserve à l'égard de ceux-ci).

---

<sup>5</sup> François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, Paris, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2001 ; Pour une histoire de l'activité intellectuelle et de l'aide financière, Etienne Anheim, « Mécénat, commande et patronage. La production artistique dans les Cours européennes (XIIIème-XVIème siècle) », Séminaires de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), 2016-2017.

<sup>6</sup> Alain Supiot, « L'autorité de la science. Vérité scientifique et vérité légale », in *Science et démocratie* (sous la direction de Pierre Rosanvallon), Paris, Odile Jacob, 2014, p. 81 et s.

<sup>7</sup> V. d'une façon générale, Alain Mahé, « Entre l'amitié et l'inimitié : l'échange, l'alliance et la complicité », Séminaires de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), 2016-2017.

<sup>8</sup> Paul Cassia, *Sélectionner à l'entrée de l'université. Oui mais comment ?*, Paris, LGDJ, 2017.

<sup>9</sup> V. notamment, François Gros, *Mémoires scientifiques. Un demi-siècle de biologie*, Paris, Odile Jacob, 2003 ; François Gros, *Les mondes nouveaux de la biologie*, Paris, Odile Jacob, 2012.

<sup>10</sup> Pour une anthropologie musicale et l'Amérique Latine, Rémy Bazenguinna Ganga, Paula Vasquez, « Anthropologie critique de l'État : circulation de la musique contemporaine entre l'Afrique et l'Amérique Latine », Séminaires de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), 2016-2017.

<sup>11</sup> Dominique Barjot et Christophe Réveillard (sous la direction de), *L'américanisation de l'Europe occidentale aux XXème siècle. Mythe et réalité*, Paris, Presses universitaires de Paris-Sorbonne, 2002 ; Gisèle Sapiro, « Engagements et désengagements : les professions intellectuelles et artistiques entre responsabilité et désintéressement », Séminaires de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), 2016-2017.

## I. VERS UNE AMÉRICANISATION DU DROIT DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE FRANÇAIS ?

### A. QUAND NOUS AVIONS BESOIN DES ÉTATS-UNIS

Diane Dosso<sup>12</sup> s'est en 2010 – dans un ouvrage consacré aux fondations américaines et leurs réseaux européens et dirigé par Ludovic Tournès<sup>13</sup> – intéressée à l'exil des scientifiques aux États-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale<sup>14</sup>.

Elle rappelle qu'une loi dite de « purification » de la fonction publique fut promulguée en 1933, soit environ deux mois après l'arrivée au pouvoir du chancelier Adolphe Hitler<sup>15</sup>. Il s'agissait d'écarter tout scientifique ou tout universitaire opposant au régime nazi<sup>16</sup>.

Des scientifiques français qui refusèrent de travailler « sous le joug nazi » furent également contraints de fuir<sup>17</sup>.

Ce fut le cas d'Henri Laugier (1888-1973)<sup>18</sup> qui était directeur général du Centre national de la recherche scientifique (CNRS) mais également professeur de physiologie à la Faculté des sciences de Paris<sup>19</sup>. Il rejoignit la Grande-Bretagne puis les États-Unis à la suite d'une rupture diplomatique entre la France et la Grande-Bretagne en 1940<sup>20</sup>.

De quelle façon procéda-t-il ?

Henri Laugier prit contact avec la Fondation américaine Rockefeller.

Il écrivit à cette dernière la lettre alarmante suivante :

« Il y a actuellement en France un grand nombre d'hommes de science qui vont être persécutés, et dont l'activité intellectuelle sera réduite à zéro. Si les meilleurs d'entre eux, les Joliot, les Auger, les Langevin, les Moricard, et

---

<sup>12</sup> Docteur en épistémologie et histoire des sciences de l'Université Paris-VII Denis-Diderot.

<sup>13</sup> Professeur d'histoire des relations internationales à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense et chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique (CNRS).

<sup>14</sup> Diane Dosso, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », in *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens* (sous la direction de Ludovic Tournès), Paris, Les éditions Autrement, 2010, p. 105 et s.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.* V. également, Marc-Olivier Baruch et Vincent Guigueno (sous la direction de), *Le choix des X. L'École polytechnique et les polytechniciens, 1939-1945*, Paris, Fayard, 2000 ; Albrecht Betz et Stefan Martens (sous la direction de), *Les intellectuels et l'Occupation, 1940-1944. Collaborer, partir, résister*, Paris, éditions Autrement, 2004 ; Nicolas Chevassus-au-Louis, *Savants sous l'Occupation*, Paris, Perrin, 2008 ; Stéphane Israël, *Les études et la guerre. Les normaliens dans la tourmente (1939-1945)* (préface de Jean-François Sirinelli), Paris, éditions Rue d'Ulm, 2005.

<sup>18</sup> Jean-Louis Cremieux-Brilhac, « Henri Laugier en son siècle », in *Cahiers pour l'histoire de la recherche*, Paris, CNRS éditions, 1995.

<sup>19</sup> Diane Dosso, *op. cit.*, p. 107.

<sup>20</sup> Diane Doss, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », *op. cit.*, p. 106.

d'autres pouvaient retrouver en Amérique un milieu de travail, ce serait un capital intellectuel d'une valeur inestimable qui serait sauvegardé »<sup>21</sup>.

C'est dans ces conditions que la Fondation Rockefeller invita Henri Laugier à rejoindre New York en août 1940<sup>22</sup>. Le scientifique put ainsi poursuivre (aux côtés du scientifique Louis Rapkine (1904-1948)<sup>23</sup>) son combat contre le nazisme « en dehors du territoire occupé en organisant l'exfiltration des scientifiques restés en France pour les faire participer à l'effort de guerre allié »<sup>24</sup>.

Un document interne de la Fondation Rockefeller de juin 1940 intitulé « Si Hitler gagne » proposa de (notamment) faire venir aux États-Unis : « 75 des meilleurs cerveaux de France... »<sup>25</sup>.

Parmi cette liste, figuraient les noms suivants :

- Henri Bergson (1859-1941), professeur de philosophie au Collège de France,
- Marcel Mauss (1872-1950), professeur de sociologie au Collège de France,
- André Siegfried (né au Havre en 1875) (1875-1959), professeur de géographie économique et politique au Collège de France,
- Georges Scelle (1878-1961), professeur de droit à l'Université de Paris<sup>26</sup>.

Mais il y eut plus.

Le scientifique Henri Laugier (toujours accompagné de Louis Rapkine) sollicita son réseau pour envisager la participation (ou l'aide) « d'autres fondations philanthropiques américaines »<sup>27</sup>.

Diane Dosso rappelle également que la Fondation Rockefeller disposa d'agents qui se chargèrent « d'expliquer le détail de la procédure à suivre aux présidents des universités américaines intéressées par la venue d'un scientifique »<sup>28</sup>.

Elle rappelle encore que les États-Unis furent les seuls « à disposer d'une exception aux lois d'immigration en faveur des universitaires et des intellectuels »<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> Lettre du 9 juillet 1940, archives de la Fondation Rockefeller, Cf. Diane Dosso, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », in *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens* (sous la direction de Ludovic Tournès), *op. cit.*, p. 108.

<sup>22</sup> Diane Dosso, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », *op. cit.*, p. 108.

<sup>23</sup> Diane Dosso, *Louis Rapkine (1904-1948) et la mobilisation scientifique de la France libre*, thèse d'histoire rédigée sous la direction de Dominique Pestre, Université Paris Diderot (Paris VII), 1998.

<sup>24</sup> Diane Dosso, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », *op. cit.*, p. 109.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 112.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 119.

De nombreux scientifiques français bénéficièrent ainsi de l'aide de la Fondation Rockefeller<sup>30</sup>.

Diane Dosso affirme que :

« La collaboration entre la Fondation Rockefeller et la France, envisagée dès l'origine sur le long terme, n'a pas connu d'interruption pendant la Seconde Guerre mondiale. Elle se poursuit activement une fois la paix retrouvée, apportant une aide décisive à la reconstruction rapide de la science française »<sup>31</sup>.

## B. QUAND NOUS DEPLORONS UNE INFLUENCE AMERICAINE

L'écrivain Régis Debray présente, dans un ouvrage titré *Civilisation*. Comment nous sommes devenus américains, l'imprégnation de notre culture nationale par la civilisation américaine<sup>32</sup>. Il fait état de différentes années (ou de différentes dates) au cours desquelles la vie scientifique française et par suite le droit de celle-ci (ou le droit français) furent modifiés par la culture américaine.

Il fut en 1984 supprimé la thèse d'État française<sup>33</sup>.

Comme le souligne opportunément Régis Debray, les nouveaux thésards bénéficièrent d'un « *PhD* » à l'américaine, laquelle fut suivie de la mise en place du système LMD (avec la licence, le master et le doctorat)<sup>34</sup>.

Il fut en 1998 rédigé la Déclaration de la Sorbonne qui permit l'adoption du modèle *graduate and postgraduate* pour l'enseignement supérieur européen<sup>35</sup> (cette déclaration précéda celle de Bologne)<sup>36</sup>. Il fut invoqué le motif d'« une meilleure reconnaissance internationale des cursus »<sup>37</sup>.

Il fut en 2005 institué une cérémonie de remise des diplômes Sorbonne Universités qui s'inspirait de la remise des diplômes américaine avec des

---

<sup>30</sup> Diane Dosso, « La Seconde Guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux États-Unis », *op. cit.*, p. 120.

<sup>31</sup> *Id.* V. également, Frédéric Attal, « Reconstruire l'Europe intellectuelle : les sciences sociales en Italie (1945-1970) », in *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens* (sous la direction de Ludovic Tournès), *op. cit.*, p. 143 et s. ; Kenneth Bertrams, « De l'action humanitaire à la recherche scientifique : Belgique, 1914-1930 », in *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens* (sous la direction de Ludovic-Tournès), *op. cit.*, p. 45 et s. ; Nicolas Guilhot, « « Un réseau d'amitiés agissantes » : les deux vies de la Fondation pour une entraide intellectuelle européenne (1957-1991) », in *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens* (sous la direction de Ludovic Tournès), *op. cit.*, p. 164 et s. ; Ludovic Tournès, « La Dotation Carnegie pour la paix internationale et l'invention de la diplomatie philanthropique (1880-1914) », in *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens* (sous la direction de Ludovic Tournès), *op. cit.*, p. 25 et s.

<sup>32</sup> Régis Debray, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, Paris, Gallimard, 2017 (la quatrième de couverture).

<sup>33</sup> *Id.*, p. 90.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>36</sup> Sarah Croché, *Le pilotage du processus de Bologne*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2010.

<sup>37</sup> Régis Debray, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, *op. cit.*, p. 91.

« doctorants en robe noire, porteurs d'un mortier, lancé en l'air à la fin de l'exercice »<sup>38</sup>.

Les observations de Régis Debray sont pertinentes en ce qui concerne l'imprégnation de notre culture nationale par la civilisation américaine.

La recherche scientifique française et en particulier celle réalisée au sein de l'Université a été (ou ont été) ces dernières années profondément bouleversée(s)<sup>39</sup>. Ont surgi de toute part des termes américains pour désigner (ou pour justifier ?) des restructurations de l'enseignement supérieur français. Ont également surgi de toute part des contraintes d'efficacité et de financement qui ont conduit à des changements considérables dans la perception de la science ou de celle de l'activité intellectuelle<sup>40</sup>.

Le savant isolé est devenu rare<sup>41</sup> et la recherche scientifique collective s'est imposée<sup>42</sup>.

Pour autant, s'agit-il d'une américanisation de la recherche scientifique française ?<sup>43</sup>

Une réponse positive peut dans un premier temps être apportée à cette question dans la mesure où l'efficacité liée à une concurrence appuyée (ou effrénée) semble plus américaine que française<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 91. Selon Régis Debray, l'année 1948 fut une année importante pour l'américanisation du droit français (Régis Debray, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, op. cit., p. 87). Il rappelle ainsi la promulgation de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Votée, écrit-il par l'Assemblée générale des Nations unies à Paris, au Palais de Chaillot, mais rédigée à Lake Success en 1947, sous l'égide de la grande Éléonore Roosevelt, veuve du président, elle représente à double titre, par son caractère d'universalité, une considérable avancée sur la Déclaration de 1789 ». C'est, poursuit-il, l'individu en tant que tel, « qu'il soit apatride, réfugié, migrant ou demandeur d'asile, qui devient sujet de droits imprescriptibles et les principes énoncés, quoique dépourvus de caractère obligatoire, s'imposent à tous les pays » (Régis Debray, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, op. cit., p. 87).

René Cassin obtint ainsi que « la première phrase du texte reprenne le premier article de la Déclaration française, en substituant à « homme » les « êtres humains », qui « naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Le « et du citoyen » a disparu. Dans l'esprit des Lumières, il référerait les droits civils à l'existence d'une *citoyenneté*, se donnant à elle-même ses propres lois, tandis qu'aux États-Unis l'homme tient ses droits de Dieu, son Créateur (y compris celui de porter des armes au collège, en vertu du deuxième amendement). Si l'Être suprême est absent du préambule, le mot *foi* y figure à deux reprises. L'expression actuelle « les droits humains » traduit « *the human rights* » (*Id.*).

<sup>39</sup> Christophe Charle et Jacques Verger, *Histoire des universités. XIIème-XXIème siècle*, Paris, PUF, 2012.

<sup>40</sup> Yannick Marcyan, *La professionnalisation des diplômés universitaires. La gouvernance des formations en question*, thèse de sociologie, Université de Nancy 2, 2010.

<sup>41</sup> Catherine Puigelier, *Intelligence et droit de la recherche scientifique (volume 1). La liberté de la recherche scientifique*, Paris, éditions Mare et Martin, 2017.

<sup>42</sup> Catherine Puigelier, « Droit ou crise de la science solidaire ? », in Fabien Bottini (dir.), *droits fondamentaux et crise(s) des solidarités*, Paris, L'Harmattan 2019 (à paraître).

<sup>43</sup> Claudine Tiercelin, « À quoi tient la force d'une idée ? », in *Histoire et historiens des idées* (sous la direction de Alain de Libera et Antoine Compagnon) (organisé par David Simonetta et Alexandre de Vitry), Paris, Collège de France, 2016.

<sup>44</sup> Samir Amin, *Le virus libéral. La guerre permanente et l'américanisation du monde*, Montreuil, éditions Le Temps des Cerises, 2004.

La solution ne varie pas en ce qui concerne les évaluations de la recherche scientifique<sup>45</sup>.

Les laboratoires, les formations, les Universités<sup>46</sup>, les écoles, les enseignements<sup>47</sup>... sont évalués<sup>48</sup>. Ils le sont par des personnes qui sont elles-mêmes (parfois) évaluées<sup>49</sup>. Le monde de la recherche scientifique est mesuré<sup>50</sup>, noté, félicité ou stigmatisé<sup>51</sup>. Il importe de rendre des comptes<sup>52</sup> et surtout de ne pas perdre de temps<sup>53</sup> et de l'argent<sup>54</sup>.

Le verbe « semble » ici utilisé est toutefois important. Une concurrence appuyée (ou effrénée) semble plus américaine que française.

Mais qu'en est-il vraiment dans un deuxième temps ?

Une réponse à cette question peut être plus nuancée.

D'une part, l'histoire de l'économie révèle que l'argent a toujours dominé le monde et d'une façon générale a toujours dominé l'Europe bien avant la découverte de l'Amérique. D'autre part, la science est un bien commun de l'humanité que l'ensemble des nations aime approcher<sup>55</sup>, pour ne pas dire posséder, d'où une rivalité entre elles concrétisée par une course (parfois) effrénée vers la connaissance<sup>56</sup>. Un ouvrage récent évoque d'ailleurs une ruée vers l'intelligence ou les nouvelles puissances du savoir<sup>57</sup>.

Il est – pour revenir au sujet qui nous occupe – simplement possible de dire que l'américanisation du droit de la recherche scientifique français s'est réalisée

---

<sup>45</sup> Denis Guthleben, *Histoire du CNRS de 1939 à nos jours* (préface de Michel Blay), Paris, Armand Colin, 2013.

<sup>46</sup> Jean-Yves Méridol, « Comment l'évaluation est arrivée dans les universités françaises », in *La fièvre de l'évaluation. Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, Belin, 2008, p. 7 et s.

<sup>47</sup> Sandrine Garcia, « L'évaluation des enseignements : une révolution invisible », in *La fièvre de l'évaluation. Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, Belin, 2008, p. 46 et s.

<sup>48</sup> Paul Servais (sous la coordination de), *L'évaluation de la recherche en sciences humaines et sociales. Regards de chercheurs*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

<sup>49</sup> Yves Gingras, « Du mauvais usage de faux indicateurs », in *La fièvre de l'évaluation. Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, Belin, 2008, p. 67 et s.

<sup>50</sup> Alain Garrigou, « Ubu règne sur l'université française », in *Le Monde diplomatique*, septembre 2017, p. 20.

<sup>51</sup> Thierry Tanquerel et Alexandre Flückinger (sous la direction de), *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux et méthodes. Assessing research in law. Stakes and methods*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

<sup>52</sup> Isabelle Bruno, « La recherche scientifique au crible du benchmarking. Petite histoire d'une technologie de gouvernement », in *La fièvre de l'évaluation. Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, Belin, 2008, p. 28 et s.

<sup>53</sup> Marc Romainville, *L'échec dans l'université de masse*, Paris, L'Harmattan, 2007.

<sup>54</sup> Fabien Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris, éditions Mare et Martin, 2017.

<sup>55</sup> Tiago Santos Pereira, « Politiques scientifiques, démocratie et mutations des institutions de savoir », in *L'excellence dans les sciences sociales. Revue internationale des sciences sociales*, n° 180, Eres, 2004, p. 275 et s.

<sup>56</sup> Vincent Forray et Sébastien Pimont, *Décrire le droit... et le transformer*, Paris, Dalloz, 2017.

<sup>57</sup> Stéphane Marchand, *La ruée vers l'intelligence. Enquête sur les nouvelles puissances du savoir*, Paris, Fayard, 2012.

(ou s'est renforcée) progressivement grâce à un modèle américain qui est apparu plus performant tant sur le plan scientifique que sur le plan financier<sup>58</sup>.

Les fondations américaines comme la Fondation Rockefeller, la Fondation Ford et bien d'autres institutions philanthropiques du continent américain ont ici jouer un rôle non négligeable<sup>59</sup>.

Il n'y a cependant peut-être pas plus d'américanisation de la recherche scientifique que d'économisation de celle-ci<sup>60</sup>.

Les États-Unis sont-ils d'ailleurs les seuls concernés par cette marche vers l'intelligence ?

Rien n'est moins sûr.

## II. VERS UNE AMÉRICANISATION DU DROIT DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE FRANÇAIS ?

### A. QUAND NOUS AVIONS BESOIN DES ÉTATS-UNIS

Olivier Pourquié<sup>61</sup> s'est en 2007 – dans un ouvrage relatif à la science, l'éthique et au droit et dirigé par Nicole Le Douarin<sup>62</sup> et Catherine Puigelier – penché sur les raisons de la compétitivité du système de recherche biomédicale américain<sup>63</sup>.

Il écrit que la qualité de la recherche biomédicale française « affiche un déclin croissant comparé à celle des États-Unis »<sup>64</sup>. Il s'agit d'une tendance « qui, si elle n'est pas nécessairement vraie dans d'autres disciplines scientifiques comme les mathématiques et la physique, paraît générale en biologie »<sup>65</sup>.

D'autres pays d'Europe, poursuit-il, « comme la Suisse ou le Royaume-Uni maintiennent une excellente position alors que la France paraît se détacher progressivement de ce bloc de tête pour se rapprocher des pays comme l'Italie où la recherche fondamentale en biologie a été longtemps négligée. Certains pays

---

<sup>58</sup> Christine Musselin, *La grande course des universités*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017 ; Sophia Stavrou, *L'université au diapason du marché. Une sociologie de changement curriculaire dans les universités françaises*, Paris, L'Harmattan, 2017.

<sup>59</sup> Ludovic Tournès (sous la direction de), *L'argent de l'influence. Les fondations américaines et leurs réseaux européens*, op. cit.

<sup>60</sup> Sandrine Garcia, « L'Europe du savoir contre l'Europe des banques ? La construction de l'espace européen de l'enseignement supérieur », *Actes de la recherche en sciences sociales*, volumes 1-2, n° 166-167, p. 80 et s.

<sup>61</sup> Directeur de recherche au CNRS, Investigator, Howard Hughes Medical Institute and Stowers Institute for Medical Research.

<sup>62</sup> Professeur honoraire au Collège de France et Secrétaire perpétuelle de l'Académie des sciences.

<sup>63</sup> Olivier Pourquié, « Raisons de la compétitivité du système de recherche biomédical américain », in *Science, éthique et droit* (sous la direction de Nicole Le Douarin et Catherine Puigelier), Paris, Odile Jacob, 2007, p. 335 et s.

<sup>64</sup> *Id.*, p. 335.

<sup>65</sup> *Ibid.*

d'Europe, comme l'Espagne naguère considérée à la traîne, sont en train de se réveiller et commencent à offrir une image attractive vue de l'étranger. Rien de tel en vue en France, au contraire. Les espoirs de réforme du système qu'avaient pu susciter les manifestations de 2004 ont été enterrés avec la bénédiction des syndicats de la recherche et du gouvernement »<sup>66</sup>.

C'est très ennuyeux pour ceux « qui croyaient que ce mouvement allait permettre aux scientifiques comme aux politiques d'ouvrir les yeux sur la décadence du système de recherche français. Alors qu'à la fin des années 1980, les Français restant aux États-Unis au terme de leur stage postdoctoral et les chefs d'équipe s'y expatriant pour y monter leur laboratoire étaient plutôt l'exception, aujourd'hui, il est de plus en plus courant de voir les meilleurs s'expatrier durablement, et ce juste après leur thèse »<sup>67</sup>.

Ce n'est pas non plus souhaitable pour la France « qui finance la formation de ces chercheurs durant leur thèse alors que leur production scientifique bénéficiera à d'autres pays. C'est d'autant plus dommage que la formation de ces chercheurs est excellente et souvent bien supérieure à celle de leur collègues étrangers, américains en particulier »<sup>68</sup>.

Or quelles sont les raisons d'un déclin croissant de la qualité de la recherche biomédicale française comparée à celle des États-Unis ?

Olivier Pourquié répond que la carrière du chercheur dans le système américain diffère à bien des égards (voire diffère profondément) de la carrière du chercheur dans le système français<sup>69</sup>.

Il rappelle qu'il n'existe presque pas de différence entre la recherche et l'enseignement supérieur aux États-Unis<sup>70</sup>.

La titularisation des chercheurs américains est par ailleurs tardive ou tout au moins bien plus tardive que celle des chercheurs français<sup>71</sup>. Elle a en général lieu après l'âge de quarante ans et « une carrière scientifique exceptionnelle »<sup>72</sup>.

Il n'existe pas non plus de « chercheur statutaire » aux États-Unis, « c'est-à-dire qu'un chercheur est soit un PI » (*ie* : « *principal investigator* ») », soit un postdoc » (le postdoc bénéficie aux États-Unis d'un contrat à durée déterminée)<sup>73</sup>. Autrement dit, et contrairement au régime français, il n'existe pas aux États-Unis de « poste intermédiaire de chercheur professionnel »<sup>74</sup>.

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

Il en résulte pour le système américain une gestion beaucoup plus souple des volontés humaines (ou des ressources humaines)<sup>75</sup>. « Les directeurs de laboratoire peuvent utiliser leur budget pour payer des salaires et embaucher ainsi les chercheurs dont ils ont besoin pour leurs projets »<sup>76</sup>.

Les progressions salariales sont en toute hypothèse plus importantes aux États-Unis qu'en France<sup>77</sup>. La faiblesse des salaires de la recherche française est selon Olivier Pourquié à l'origine d'un manque d'attractivité « aux niveaux national et international : les bons étudiants se détournent de la filière scientifique au profit d'autres filières plus rémunératrices »<sup>78</sup>.

« Un tarissement de la filière » est à craindre et celui-ci présentera « des conséquences très sévères pour le potentiel d'innovation scientifique du pays »<sup>79</sup>.

L'auteur ajoute que la moyenne des salaires des professeurs d'université américains « tourne autour de 130 000 dollars par an pour un *associate professor* de 40 ans, et monte facilement jusqu'à 200 000 dollars et au-delà pour les très bons scientifiques. Par comparaison, en France, un directeur de recherche gagne au maximum 40 000 euros par an »<sup>80</sup>.

Mais il y a toujours plus.

Les charges administratives qui incombent aux directeurs d'unités françaises sont très lourdes et elles sont essentiellement réalisées « sans soutien adéquat et compétent (le personnel administratif présent dans les unités est extrêmement restreint) »<sup>81</sup>. Elles emportent de toute façon un ralentissement de « la production des scientifiques que le système croit ainsi valoriser. La quasi-totalité des scientifiques de haut niveau en France sont obligés d'assumer une responsabilité de direction, ce qui n'est pas nécessairement le cas aux États-Unis »<sup>82</sup>.

Le système américain valorise la recherche fondamentale<sup>83</sup>.

La France fait l'inverse<sup>84</sup> en valorisant (ou favorisant) la recherche appliquée « qui seule serait utile à la société »<sup>85</sup>.

Olivier Pourquié affirme que :

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 340.

<sup>84</sup> V. notamment, Maria Vasconcellos, *L'enseignement supérieur en France*, Paris, La Découverte, 2006.

<sup>85</sup> Olivier Pourquié, *op. cit.*, p. 340.

« Le CNRS est devenu une énorme structure qui ne gère quasiment plus que des salaires et n'a aucune marge de manœuvre pour financer une recherche de qualité »<sup>86</sup>.

Il ajoute que l'Inserm « fait preuve d'une gestion un peu plus dynamique mais reste néanmoins encore très éloigné des critères internationaux »<sup>87</sup>.

L'auteur reconnaît toutefois qu'il existe en France des instituts indépendants comme l'Institut Pasteur<sup>88</sup> ou l'Institut Curie<sup>89</sup> mais ceux-ci sont « largement alignés sur la politique des grands organismes de recherche »<sup>90</sup>.

Il s'ensuit « un manque d'attractivité au niveau international » lié à un « faible niveau des dotations de recherche et des salaires »<sup>91</sup>.

En d'autres termes, le système américain et le système français<sup>92</sup> présentent des caractéristiques opposées<sup>93</sup>. Le système américain est « souple et précaire » tandis que le système français est rigide et protecteur « à outrance »<sup>94</sup>. Les systèmes américains est de fait (même s'il peut présenter des inconvénients) « redoutablement compétitif et efficace »<sup>95</sup>.

Le système américain mis en avant par Olivier Pourquié est-il cependant susceptible de résister à une mondialisation de la recherche scientifique ?

Rien n'est moins sûr (même si les observations de celui-ci datent – rappelons-le – de l'année 2007).

## B. QUAND NOUS RELATIVISONS UNE INFLUENCE AMERICAINE

Jean-Louis Halpérin<sup>96</sup> s'interroge dans son ouvrage sur les profils des mondialisations du droit sur la possibilité d'une mondialisation sous hégémonie américaine<sup>97</sup>.

---

<sup>86</sup> *Ibid.* V. encore, Denis Guthleben, *Histoire du CNRS de 1939 à nos jours* (préface de Michel Blay), Paris, Armand Colin, 2013.

<sup>87</sup> Olivier Pourquié, *op. cit.*, p. 340.

<sup>88</sup> Marie-Hélène Marchand, *Une histoire de l'Institut Pasteur au cœur de la santé publique mondiale* (préface de François Gros), Toulouse, éditions Privat, 2015.

<sup>89</sup> Minelle Verdié, *L'Institut Curie. Un siècle de lutte contre le cancer* (préface de Simone Veil), Paris, Le Cherche Midi, 2008.

<sup>90</sup> Olivier Pourquié, *op. cit.*, p. 341.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Pour une comparaison entre deux pays européens, Erhard Friedberg et Christine Musselin, *L'État face aux universités. En France et en Allemagne*, Paris, Economica, 1993.

<sup>93</sup> Olivier Pourquié, *op. cit.*, p. 341.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Professeur à l'École normale supérieure (ENS) de Paris.

<sup>97</sup> Jean-Louis Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2010, p. 193.

On peut, dit-il, penser dans un premier temps au développement d'une hyper-puissance américaine depuis 1945<sup>98</sup>. L'analyse est d'ailleurs influencée depuis 1989 par « l'effondrement du bloc soviétique, le recul des systèmes collectivistes et les avancées de la libéralisation économique sous l'égide d'organisations internationales, comme le FMI, la Banque mondiale ou l'OMC qui apparaissent, à tort ou à raison, proches des conceptions américaines »<sup>99</sup>.

Pourtant, poursuit-il, l'américanisation du droit peut constituer « un raccourci commode pour parler des récentes avancées de la propriété privée, de la liberté du commerce et du droit de la concurrence, c'est-à-dire des phénomènes de dérégulation susceptibles de diminuer les spécificités tenant aux conceptions de l'ordre public dans chaque ordre juridique national »<sup>100</sup>.

L'auteur parle ainsi dans un deuxième temps de la présence de nombreux indices orientant vers d'autres phénomènes de circulation des droits et plus simplement vers les « progrès de la mondialisation médiatique et économique »<sup>101</sup>.

L'influence américaine est ici relative eu égard aux « effets indéniables de la construction européenne sur le rapprochement des droits des pays de l'Ancien continent », [à] « l'émergence de nouvelles puissances régionales (Japon, Chine, Inde, Afrique du Sud, Brésil) [...] », [au] « regain du droit islamique en tant que symbole d'identification des pays musulmans... »<sup>102</sup>.

Il est possible de considérer que l'américanisation du droit de la recherche scientifique français semble dépassée par la mondialisation de la recherche scientifique<sup>103</sup>.

C'est au fond ce que rappelle le colloque de rentrée de l'année 2010 du Collège de France sur la mondialisation de la recherche dirigé par Gérard Fussman<sup>104</sup> et auquel renvoie notre étude présentée en avril dernier sur le droit ou la crise de la science solidaire lors du symposium relatif aux crises de solidarité et droits fondamentaux dirigé par Fabien Bottini (dans le cadre des travaux du laboratoire LexFEIM (dirigé par Béatrice Bourdelois) de l'Université Le Havre Normandie)<sup>105</sup>.

---

<sup>98</sup> Jean-Louis Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit., p. 193 ; V. encore, Christophe Charle, « L'organisation de la recherche en sciences sociales en France depuis 1945 : bref bilan historique et critique », in *La fièvre de l'évaluation. Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, Belin, 2008, p. 80 et s.

<sup>99</sup> Jean-Louis Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit., p. 193.

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Riccardo Cappelin, « Les réseaux internationaux de connaissance et d'innovation dans le cadre de l'intégration, de la cohésion et de l'élargissement européens », in *L'excellence dans les sciences sociales. Revue internationale des sciences sociales*, n° 180, Eres, 2004, p. 231 et s.

<sup>104</sup> Gérard Fussman (sous la direction de), *La mondialisation de la recherche. Compétition, coopérations, restructurations*, Paris, Collège de France, 2010 ; OpenEdition Books, 2016.

<sup>105</sup> Catherine Puigelier, « Droit ou crise de la science solidaire ? », op. cit. (à paraître).

La documentation scientifique numérique toujours plus importante (et toujours plus performante)<sup>106</sup>, l'augmentation du nombre de chercheurs dans le monde, les présences incessantes de la bibliométrie<sup>107</sup> et de l'évaluation, le caractère collectif de la recherche scientifique rendu (notamment) nécessaire pour l'acquisition d'instruments de recherches communs (on pense notamment au CERN et à la recherche nucléaire<sup>108</sup>)... incitent à penser que l'américanisation de la recherche scientifique française – certes présente – est elle-même l'objet d'une mondialisation de la recherche scientifique.

Le chercheur scientifique français devenu américain est désormais devenu un chercheur scientifique mondial<sup>109</sup>.

\* \*  
\*

Il existe certes une hégémonie américaine notamment sur le droit de la recherche scientifique français.

Mais il existe également un droit mondial<sup>110</sup> (ou un droit global)<sup>111</sup> à l'égard duquel (ou à l'égard desquels) la recherche scientifique française a dû s'adapter pour répondre à un nouvel ordre mondial.

Il serait presque possible de dire que l'américanisation du droit de la recherche scientifique français entre (ou est entrée) dans le champ de l'histoire du droit.

---

<sup>106</sup> Matthieu Bourgeois, *Droit de la donnée. Principes théoriques et approche pratique* (avec la participation de Amira Bounedim) (préface de Agathe Billiau-Lepage) (propos liminaires de Anne Souvira), Paris, LexisNexis, 2017 ; Constance Chevallier-Govers (sous la direction de), *L'échange des données dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne*, Paris, éditions Mare et Martin, Collection Droit public, 2017 ; Danel Renoult, « Bibliothèques de recherche et mondialisation », in *La mondialisation de la recherche. Compétition, coopérations, restructurations* (sous la direction de Gérard Fussman), *op. cit.*

<sup>107</sup> Ghislaine Filliatreau, « Bibliométrie et évaluation en sciences humaines et sociales : une brève introduction », in *La fièvre de l'évaluation. Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Paris, Belin, 2008, p. 61 et s.

<sup>108</sup> Gabriele Veneziano, « La mutualisation des savoirs à l'échelle mondiale », in *La mondialisation de la recherche. Compétition, coopérations, restructurations* (sous la direction de Gérard Fussman), *op. cit.*

<sup>109</sup> Ian Forbes et Dominic Abrams, « La recherche internationale en sciences sociales : artisanat ou puissance émergente ? », in *L'excellence dans les sciences sociales. Revue internationale des sciences sociales*, n° 180, Eres, 2004, p. 253 et s. ; Mario Laforest, Gilles Breton, David Bel, *Réflexions sur l'internationalisation du monde universitaire*, Paris, éditions des Archives contemporaines, 2015.

<sup>110</sup> Gisèle Sapiro (sous la direction), *Translatio. Le marché de la traduction en France à l'heure de la mondialisation*, Paris, CNRS éditions, 2008.

<sup>111</sup> François Chaubet, *La mondialisation culturelle*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2018 ; Philippe Moreau Defarges, *La mondialisation*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2016.



# LE DROIT FRANCO-AMÉRICAIN DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, D'UN LIBÉRALISME L'AUTRE

Par  
Aboubakry Niang  
Enseignant Contractuel  
de L'Université Le Havre-Normandie

Approcher le libéralisme, c'est faire inmanquablement l'expérience de sa polysémie presque nébuleuse<sup>1</sup>. De fait, s'il est aisément identifiable dans son aspect politique (démocratie, droits de l'homme, séparation des pouvoirs), dans son versant économique, il n'a eu de cesse d'évoluer à travers les âges et au gré des écoles qui l'ont incarné. Vaines sont ainsi bien souvent les velléités de le circonscrire dans une définition certaine et immuable<sup>2</sup>. Pourtant, de cet éclectisme, il est possible – en grossissant à peine les traits – de ramener la sémantique de tous les libéralismes à quelques idées-forces : l'exaltation de l'autonomie individuelle et la diminution corrélative du rôle du gouvernement<sup>3</sup>.

En considération de ce dénominateur commun, l'association du libéralisme à un ensemble normatif d'origine étatique peut justement sembler paradoxal. Mais, à l'analyse, le paradoxe n'est qu'apparent, car le droit est véritablement « *le témoin et le révélateur* »<sup>4</sup> de la pensée libérale. Cela étant, on peut utilement en rechercher les manifestations dans les droits français et américain de l'arbitrage. Dans la littérature arbitrale, on évoque, d'ailleurs, leur libéralisation grandissante<sup>5</sup>. Il est, en effet, incontestable que, sous l'impulsion de la *favor*

---

<sup>1</sup> A. Siffert, *Libéralisme et service public*, Thèse, Université Le Havre Normandie, 2015, p. 2.

<sup>2</sup> B. Bachofen, « *Introduction. Le libéralisme et la question du droit* », in *Le libéralisme au miroir du droit. L'État, la personne, la propriété*, ENS éditions, Paris, 2008, p. 13 ; A. Siffert, *Libéralisme et service public*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>3</sup> R. Merrill, « *Pluralisme et libéralisme : incompatibles ?* », *Arch. phil. droit*, T. 49, p.123.

<sup>4</sup> J. Chevalier, préf. *Les conceptions néo-libérales du droit* (V. Valentin), *Economica*, 2002, p. 1.

<sup>5</sup> P. Bernardini, « *The Scope of Review in Annulment Proceedings* », in *International Arbitration and Public Policy*, Devin Bray & Heather L. Bray editors, 2014, p. 167 ; J-B. Racine, « [Les raisons de la libéralisation](#) »

*arbitrandum*<sup>6</sup>, un corpus normatif très favorable à l'arbitrage international s'est développé dans les ordres juridiques étatiques, où il concourt plus ou moins directement à la réalisation des idéaux libertaires et autonomistes.

Pour être vrai, ce constat ne rend, cependant, compte que partiellement de la réalité, cette libéralisation s'inscrivant dans une tradition libérale plus ancienne, remontant à la prémisse même de ces droits – la reconnaissance aux opérateurs du commerce international de la liberté de faire trancher leurs litiges par des juges privés. Sur un autre plan, parce qu'il procède tout à la fois d'une logique de privatisation, de contractualisation et de marchandisation de la justice<sup>7</sup>, l'arbitrage est l'archétype du modèle libéral de règlement des différends<sup>8</sup>. C'est dire que les droits nationaux de l'arbitrage, peu importants à cet égard leur représentation sur cette justice<sup>9</sup>, sont essentiellement d'inspiration libérale.

Néanmoins, ce libéralisme des origines tend à évoluer dans le sens d'un plus grand repli des intérêts publics au profit de ceux privés. Cette évolution se manifeste notamment dans la tendance des droits nationaux à inverser l'équilibre des rapports entre la souveraineté de l'État et l'autonomie des acteurs privés, notamment dans la gouvernance de l'arbitrage. Il s'agit de ce qu'on pourrait appeler la mutation du modèle libéral de régulation (II). Suivant le même mouvement d'inversion des rapports au niveau des fondements théoriques, le paradigme économique tend à prendre le pas sur celui consensuel dans la légitimation de la justice arbitrale. C'est la mutation de la justification libérale du recours à l'arbitrage (I).

## I. LA MUTATION DE LA JUSTIFICATION LIBÉRALE DU RECOURS A L'ARBITRAGE

L'idée que la justice arbitrale est antérieure à l'avènement de l'État est assez répandue dans la doctrine<sup>10</sup>. Pourtant, telle que nous la connaissons aujourd'hui,

---

[du droit de l'arbitrage international dans les pays émergents \(le cas particulier de l'Algérie\)](#) », in *L'Algérie en mutation - Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, L'Harmattan, 2001, p. 267.

<sup>6</sup> Sur cette notion, voir de l'auteur, *La favor arbitrandum : étude critique de droit comparé (droits français, américain et OHADA)*, Thèse, Université Le Havre Normandie, 2017.

<sup>7</sup> Sur l'idée de la marchandisation de la justice par l'arbitrage, voir J-B Racine, « La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage », in *Droit et marchandisation*, (E. Loquin & A. Martin), Lexis-Nexis Litec, 2010, pp. 321-347.

<sup>8</sup> Y. Dezalay, « *Des justices du marché au marché international de la justice* », *Revue Justices*, janvier-juin 1995, p. 130 et s.

<sup>9</sup> Sur les différentes représentations de l'arbitrage, voir E. Gaillard, *Les aspects philosophiques de l'arbitrage*, Les livres de poches de l'Académie de droit international de Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

<sup>10</sup> F. de Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Thèse Paris, 1926, spéc. p. 9 (cité par D. Cohen, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit*, T. 41, 1997, p. 153) ; A. Redfern, M. Hunter, « Droit et pratiques de l'arbitrage commercial international », traduit de l'anglais par Eric Robine,

du moins dans sa dimension commerciale et internationale, cette justice privée a prospéré au cours du XX<sup>ème</sup> siècle à l'ombre bienveillante de l'État<sup>11</sup>, ne serait-ce que par la légitimité<sup>12</sup> dont il la pare et la « *structure de soutien* »<sup>13</sup> qu'il offre à son efficacité. Ainsi, cette idée de l'antériorité du contrat au statut, à la supposer historiquement fondée, ne contredit pas le fait que l'arbitrage doive son développement spectaculaire à l'œuvre normative des Etats. Même dans la conception la plus autonomiste de l'arbitrage – celle qui défend l'existence de l'ordre juridique arbitral – ce pouvoir légitimant de l'État n'est pas contesté. L'un de ses plus illustres tenants, le professeur *Gaillard*, le concède en affirmant que : « *[D]ans le domaine des relations commerciales internationales, c'est la convergence des ordres juridiques étatiques qui, par l'acceptation qu'elle manifeste du phénomène arbitral, en légitime l'existence* »<sup>14</sup>. Mais, pour que cette acceptation se fut, il a fallu que l'État rompît avec une vieille tradition de défiance à l'égard de cette justice conduite à sa marge<sup>15</sup>, et dépassât, dans le même souffle, l'idée répandue au XIX<sup>ème</sup> siècle qu'il avait le « *monopole de l'expression juridique* »<sup>16</sup>.

Ce parti libéral n'est, cependant, pas resté immuable dans ses justifications théoriques. Il est passé d'une rationalité essentiellement volontariste et consensuelle (A) à une rationalité économique dominante (B).

#### A. D'UNE RATIONALITE ESSENTIELLEMENT AUTONOMISTE ET CONSENSUELLE

Passé le débat du rôle du droit étatique dans le développement de l'arbitrage commercial international, viennent inévitablement à l'esprit du juriste celles du comment et du pourquoi de l'admission de cette justice privée « *à l'horizon du*

---

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA. 1994. Edition Originale Sweet et Maxwell, 1991 ; *contra* J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1982, n° 283 ; F. Terré, « Esquisse d'une sociologie des procès », *Arch. phil. droit*, T. 39, op. cit., p. 267 et s., spéc. p. 269.

<sup>11</sup> J. D. M. Lew, L. A. Mistelis & S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 18.

<sup>12</sup> S. W. Schill, « *Conceptions of Legitimacy of International Arbitration* », in *Practising Virtue : Inside International Arbitration*, Oxford Univ. Press, 2015, p. 115. Pour l'auteur, il s'agit là d'une forme de légitimité (il la qualifie de nationale) parmi tant d'autres.

<sup>13</sup> Th. E. Carbonneau, « *Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences* », *R.I.D.C.*, 4-1984, p. 729.

<sup>14</sup> E. Gaillard, *Les aspects philosophiques de l'arbitrage*, op. cit., p. 91.

<sup>15</sup> Sur la méfiance vis-à-vis de l'arbitrage en droit français et américain, v P. Ex. Jones, « *History of Commercial Arbitration in England and the United States : A Summary View* », in *International Trade Arbitration A Road To World-Wide Cooperation*, Domke ed. 1958, p. 127 ; Th. E. Carbonneau, « *Arbitral Adjudication: A comparative Assessment of Its Remedial and Substantive Status in Transnational Commerce* », 19 *Tex. Int'l L.J.*, 1984, p. 33 et s.

<sup>16</sup> J.-J. Clère, « *L'arbitrage révolutionnaire. Apogée et déclin d'une institution (1790-1806)* », *Rev. arb.*, 1981, p. 27.

*positivisme* »<sup>17</sup>. Pour répondre à ces dernières interrogations, les commentateurs se contentent souvent d'un poncif – les mérites de l'arbitrage. Ce serait, en effet, en raison de son adaptation aux besoins *sui generis* du commerce international<sup>18</sup>, de la neutralité de son *forum*, de sa capacité à désengorger les tribunaux<sup>19</sup>... que la justice arbitrale internationale aurait emporté l'adhésion des opérateurs économiques et, partant, celle des Etats. Cette explication, si elle n'est pas dépourvue de validité, ne considère toutefois la question que du seul point de vue fonctionnel, et ignore les fondements théoriques.

En vérité, et abstraction faite de toute considération d'opportunité, l'admission de l'arbitrage dans les ordres juridiques français et américain procède avant tout d'un parti pris libéral : « *l'autonomie des individus dans la recherche d'un mode de règlement des litiges les concernant* »<sup>20</sup>. La reconnaissance aux opérateurs, notamment dans la sphère des échanges transfrontières, de la liberté de faire trancher leurs litiges en marge de la justice publique est l'explication première de l'admission de la justice arbitrale par les Etats. Pour certains auteurs américains, cette autonomie individuelle est d'ailleurs ce qui confère à la justice arbitrale sa légitimité démocratique<sup>21</sup>, tout autant qu'elle constitue un marqueur de la vitalité d'une démocratie<sup>22</sup>.

Cette conception libérale autonomiste des débuts imprime à l'institution de l'arbitrage ses caractéristiques les plus essentielles. Pour n'en évoquer qu'une, elle explique son caractère conventionnel, lequel est saisi par le juge américain dans la formule heureuse de « *l'arbitrage est une créature du contrat* »<sup>23</sup>.

Par ailleurs, de ce qu'il procède de l'autonomie individuelle des parties et, plus prosaïquement, de leur volonté, il requiert leur consentement – manifestation extérieure de cette volonté<sup>24</sup>. Cette dernière exigence explique que le véritable arbitrage ne peut, à proprement parler, pas être « obligatoire ».

---

<sup>17</sup> L'expression est de B. Oppetit, voir « Justice étatique et justice arbitrale », in Etudes offertes à P. Bellet, Paris, 1991, p. 415.

<sup>18</sup> Th. E. Carbonneau, « *Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences* », op. cit., p. 729.

<sup>19</sup> Selon le professeur E. Gaillard, cette dernière caractéristique est le facteur décisif de l'acceptation de la justice arbitrale par les Etats : E. Gaillard, Les aspects philosophiques de l'arbitrage, op. cit.

<sup>20</sup> B. Oppetit, « *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économiques* », Justices, n°1 janv/juin 1995, p. 54.

<sup>21</sup> Voir en ce sens R. C. Reuben, *Democracy and Dispute Resolution* : « The Problem of Arbitration, Law & Contemporary Problems », 2004, pp. 279-320.

<sup>22</sup> E. Brunet, « *The Core Values of Arbitration* », in *Arbitration Law in America – A Critical Assessment*, Cambridge University Press, 2006, pp. 24-49, spec. p. 25

<sup>23</sup> « *Arbitration is a creature of contract* » : *United States Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, 363 U.S.564 (1960); *Sole resort, S.A. de C.V. v. Allure Resorts Mgmt., LLC*, 450 F.3d 100, 104 (2d Cir. 2006); *Schnabel v. Trilegiant Corp.*, 697 F.3d 110, 118 (2d Cir. 2012).

<sup>24</sup> Voir en ce sens A. Rieg, « *le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXe siècle* », *Arch. phil. droit*, 1957, p. 127. O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, PUF, 2010.

Faisant écho à une idée défendue d'éminents auteurs<sup>25</sup>, le professeur *Jean-Baptiste Racine* dit, à ce titre, que : « *l'arbitrage dit « forcé » n'est pas un véritable arbitrage, mais ramène à la qualification de juridiction d'exception.* »<sup>26</sup>. L'appellation est, certes, courante dans la doctrine américaine, où elle désigne les procédures d'arbitrage engagées en vertu d'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'adhésion<sup>27</sup>, mais Il s'agit clairement là d'un abus de langage. De fait, aussi désincarné que puisse être le consentement à l'arbitrage de la partie faible dans une telle relation déséquilibrée, il n'en est pas moins exprimé. Et dire que le consentement ne traduit pas fidèlement la volonté de son émetteur ne signifie pas qu'il n'existe pas.

## B. A UNE RATIONALITE ECONOMIQUE DOMINANTE

De même que la rationalité autonomiste des débuts n'était pas totalement exclusive de toute considération économique, ce nouveau paradigme n'implique pas non plus la négation totale du postulat consensuel. Il rend simplement compte de l'usage plus fréquent de la raison économique et du recul proportionnel de la raison volontariste. De ce fait, il ne fournit pas un fondement libéral alternatif, mais complémentaire. Et plus fondamentalement encore, il révèle un début de mutation du libéralisme à l'œuvre dans les droit français et américain de l'arbitrage<sup>28</sup>.

En France, ce nouveau paradigme trouve sa manifestation la plus aboutie dans les vellétés d'objectivation du consentement à l'arbitrage. Il suffit de considérer la règle matérielle de l'extension de la convention d'arbitrage au tiers en vertu de sa participation directe à l'exécution du contrat. C'est en effet à la fin des années 80 que la cour d'appel de Paris a jugé que : « *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties*

---

<sup>25</sup> F. E. Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955, p. 35 ; Ph. Fouchard, « *La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains* », Cahiers du CEDIN, 19 avril 1984, p. 32 ; Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 26. Contr. P. Level, fascicules Juris-classeur Procédure Civile, 1003-1028, III, n° 15.

<sup>26</sup> J-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Puf, 2016, p. 93.

<sup>27</sup> En ce sens, *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987) ; J. R. Sternlight, "As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive ? ", *William and Mary Law Review*, vol. 42, n° 1, 2000, pp.1-126 ; K. Jory, "Mandatory Arbitration Clauses in Payday Lending Loans : How the Federal Courts Protect Unfair Lending Practices in the Name of Anti-Protectionism", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 24, 2009, pp. 315-380 ; I. M. Brin, "The Arbitration Fairness Act of 2009", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, 2010, p. 821 ; M. Mosses, "Challenges For The Future: The Diminishing Role Of Consent In Arbitration", *Loyola University Chicago School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper N°2014-014*. Disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2479426>.

<sup>28</sup> Cet usage large de la rationalité économique est une marque du néo-libéralisme. Voir en ce sens J. Chevalier, préf. *Les conceptions néo-libérales du droit* (V. Valentin), op. cit., p. 1.

*directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant* »<sup>29</sup>.

Dans un arrêt rendu en 2007, la Cour de cassation a validé le principe de cette extension par l'implication directe du tiers, mais elle n'y a pas repris le critère subjectif de la connaissance de l'existence de la convention d'arbitrage par le tiers<sup>30</sup>. En plus d'être une acné de l'idée répandue dans la doctrine que l'arbitrage est le mode normal de règlement des litiges du commerce international<sup>31</sup>, le recul du consentement est aussi révélateur de l'importance grandissante de la rationalité économique dans la légitimation de l'arbitrage. Par ailleurs, si on explique ce renversement par les exigences de rapidité et de souplesse de la nouvelle économie mondialisée<sup>32</sup>, le motif fonctionnel et pratique est presque toujours l'unité ou l'interconnexion économique du litige. Au demeurant, bien que le droit américain ne connaisse pas l'extension de la convention d'arbitrage sous cette forme obligatoire, l'interconnexion des litiges peut y autorise parfois le tiers à s'en prévaloir<sup>33</sup>.

Plus symptomatique de l'incursion de la rationalité économique dans l'engagement à l'arbitrage est, cependant, la règle matérielle de la transmission automatique de la convention d'arbitrage aux non-signataires, dès que leur sont transféré le droit substantiel (procédé translatif)<sup>34</sup>. Par son automaticité, et sous couvert de certains mécanismes classiques du droit commun (la subrogation, la stipulation pour autrui, la cession de créance, la cession de contrat, la cession Dailly etc.), cette transmission ne tient nullement compte du consentement du tiers initial, du moins dans son sens le plus subjectif. Elle s'opère en considération d'un seul critère : l'opération économique envisagée dans le contrat, c'est-à-dire le transfert des droits substantiels. L'économie de cette approche objective du consentement est résumée par la Cour de cassation en ces termes : « *la clause d'arbitrage internationale s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants* »<sup>35</sup>. S'agissant des chaînes de contrats translatifs,

---

<sup>29</sup> Paris, 30 nov. 1988, Sté Korsnas Marma c/ Sté Durand-Auzias et Paris, 14 févr. 1989, Sté Ofer Brothers c/ The Tokyo Marine Fire and Insurance Company Ltd. Rev. arb. 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz.

<sup>30</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, Rev. arb., 2007, p. 785, note J. El Adhab ; JCP 2007, II, 10118, note C. Golhen ; Dall., 2007, p. 2077, note S. Bollée ; Rev. crit. DIP, 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; Dall., 2008, p. 184, obs. Th. Clay.

<sup>31</sup> Voir sur ce point J-B. Racine, Droit de l'arbitrage, op. cit., p. 116.

<sup>32</sup> J-P. Correa Delcasso, « Développements récents de la jurisprudence espagnole en matière d'arbitrage », Rev. arb., 2017, n°3, p. 2.

<sup>33</sup> Choctaw Generation Ltd. Partnership v. American Home Assurance Co., 271 F.3d 403 (2d Cir. 2001).

<sup>34</sup> Sur la qualification de la règle de matérielle, voir Paris, 19 décembre 2008, Rev. arb., 2009, p. 430.

<sup>35</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 8 février 2000, Defrénois, 2000, p. 721, obs. Ph. Delbecque ; Rev. crit. DIP, 2000, p. 763, note N. Coipel Cordonnier ; Rev. arb., 2000, p. 281, note P.-Y. Gautier ; RTD. com., 2000, p. 596, obs. E. Loquin ; Rev.

après avoir un moment laissé entendre que le tiers devait au moins avoir connaissance de l'existence de la convention d'arbitrage pour sa transmission<sup>36</sup>, la haute cour considère désormais que cette dernière y est également automatique<sup>37</sup>.

De l'autre côté de l'Atlantique, la transmission de la clause d'arbitrage selon le procédé translatif des droits substantiels est également admise, suivant des techniques comparables (*assignment, subrogation et third party beneficiary*)<sup>38</sup>. Mais, à la différence du droit hexagonal, son automaticité n'y est pas toujours assurée, la volonté claire des parties et/ou du tiers initial de transférer la clause d'arbitrage y étant communément exigée par certaines juridictions<sup>39</sup>.

Ainsi, et malgré l'affirmation forte de part et d'autre de l'Atlantique que l'arbitrage est une « *créature du contrat* »<sup>40</sup> ou que « *seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* »<sup>41</sup>, le fondement consensuel initial de cette justice privée continue de céder du terrain au nouveau paradigme économique.

## II. LA MUTATION DU MODÈLE LIBERAL DE REGULATION DE L'ARBITRAGE

La justice arbitrale – mécanisme de régulation du commerce international – est elle-même objet d'une forme régulation. De manière générale, ce cadre régulateur vise à assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, de la procédure et de la sentence arbitrales<sup>42</sup>. Dans une perspective plus restrictive, il organise l'économie de cette justice privée, qui est faite des interactions entre les différentes parties prenantes (parties, arbitres, conseils et tiers préconstitués). En outre, si cet encadrement peut être assuré par les Etats, ces derniers n'en tiennent pas moins compte du caractère privé de l'arbitrage international, et limitent à ce titre leur réglementation au profit d'une régulation privée.

---

<sup>36</sup> « [D]ans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause » : Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 6 février 2001, Rev. arb., 2001, p. 765, note D. Cohen ; Rev. crit. DIP, 2001, p. 522, note F. Jault-Seseke ; Dall., 2001, p. 1135, obs. Ph. Delbecq.

<sup>37</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, préc.

<sup>38</sup> Sur l'ensemble de la question, voir J. M. Hosking, "The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration : Doing Justice without Destroying Consent", Pepp. Disp. Resol. L.J. Vol. 4, Issue 3, 2004, pp. 468-587.

<sup>39</sup> Voir en ce sens *achmar v. Trunkline LNG Co.*, 753 F.2d 8 (2d Cir. N.Y.1985) ; *Britton v. Co-op Banking Group*, 4 F.3d 742, 746 (9th Cir. 1993) ; *Contr. Hosiery Mfrs' Corp. v. Goldston*, 238 N.Y. 22 (N.Y.1924).

<sup>40</sup> *United States Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, préc. ; *Sole resort, S.A. de C.V. v. Allure Resorts Mgmt., LLC*, préc. ; *Schnabel v. Trilegiant Corp.*, préc.

<sup>41</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 19 mars 2002, Rev. arb., 2000, p. 493 ; JDI, 2002, p. 370, note E. Loquin.

<sup>42</sup> J. D. M. Lew, L. A. Mistelis & S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 17.

Ces dernières décennies, c'est sans doute sur la dialectique de l'autorité de l'État et de l'autonomie des acteurs privés dans la régulation de l'arbitrage que l'évolution la plus importante semble s'être opérée dans la conception du libéralisme à l'œuvre dans les droits français et américain de l'arbitrage international. Par un renversement des rapports entre l'autorité de la loi et l'autonomie des acteurs privés, ces derniers semblent s'acheminer vers une approche post-moderniste de la régulation fondée sur la réflexivité du droit<sup>43</sup>. Cette tendance se traduit concrètement par une régulation publique décadente (A) et – *natura abhorret a vacuo* – une privatisation croissante de cette dernière (B).

### A. UNE REGULATION PUBLIQUE DECADENTE

La régulation publique de l'arbitrage s'entend, d'abord, de la définition de son cadre normatif au travers de l'activité législative<sup>44</sup>. Elle s'entend également, le cas échéant, des interventions du juge judiciaire soit au cours de la procédure d'arbitrage, soit à l'occasion du contrôle qu'il opère sur la sentence arbitrale. Longtemps dominée par la recherche par l'État de l'équilibre entre l'indépendance de la justice arbitrale et la préservation des garanties minimales du procès, cette régulation publique subit aujourd'hui, à la faveur d'une poussée néo-libérale, un mouvement général de démantèlement. En outre, si les manifestations de ce phénomène sont légion, il en est deux qui sortent clairement du lot : la faculté offerte aux parties de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale et la légèreté du contrôle de la conformité de cette dernière à l'ordre public.

Jusqu'à récemment, les voies de recours contre la sentence arbitrale étaient considérées comme immuables. La Cour de cassation disait, en ce sens, que « *s'agissant d'un arbitrage international, les voies de recours prévues par l'article 1504 du nouveau code de procédure civile ont un caractère impératif* »<sup>45</sup>. La Cour suprême américaine, quant à elle, avait même laissé entendre qu'elles étaient la contrepartie de la concession de l'exclusivité juridictionnelle de l'État sur certaines matières<sup>46</sup>. Toutefois, avec leur contractualisation croissante entretenue par la concurrence acharnée des systèmes juridiques pour attirer le contentieux arbitral, ces voies de recours

---

<sup>43</sup> Sur l'ensemble de la question, voir J. Chevalier, « *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique* », Revue du droit public et de la science politique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, pp. 659-714.

<sup>44</sup> Définition de son périmètre – le domaine arbitral, de ses règles minimales de procédure et des garanties du procès.

<sup>45</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, note X. Delpech, *Dall.* 2007, p. 949; obs. Th. Clay, *ibid.* 2008, p. 180; *Rev. crit. DIP*, note D. Bureau, 2007, p. 455.

<sup>46</sup> Voir en ce sens *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

peuvent désormais être totalement écartées par les parties. C'est, s'agissant du recours en annulation contre la sentence, ce qu'autorise l'article 1522 alinéa 1 du code de procédure civile, qui dispose que : « *Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation [...]* ».

En droit américain, la question de la renonciation aux voies de recours n'est pas tout à fait tranchée, certaines juridictions en ayant admis la possibilité<sup>47</sup>, d'autres, plus nombreuses et avec des décisions plus récentes, l'ayant totalement rejetée<sup>48</sup>.

S'agissant de la régulation de l'arbitrage par le contrôle de la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public substantiel, le droit français y avait presque renoncé. En exigeant, pour sanctionner la violation des normes internationalement impératives, que celle-ci fût « *flagrante, effective et concrète* »<sup>49</sup>, il avait rendu ce contrôle purement formel. Depuis 2014, cependant, une série de décisions de la cour d'appel de Paris ont amorcé une rupture avec l'approche minimaliste<sup>50</sup>. Par ailleurs, si l'interdiction de la révision de la sentence ne paraît pas permettre un contrôle total et approfondi de la conformité de cette dernière à l'ordre public international, la cour d'appel de Paris a, tout de même, jugé récemment qu'« aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question »<sup>51</sup>. Mais une hirondelle ne faisant pas le printemps, la mesure doit être de mise.

## B. UNE PRIVATISATION CROISSANTE DE LA REGULATION (D'UNE REGULATION VERTICALE A UNE REGULATION HORIZONTALE)

---

<sup>47</sup> Aerojet-General.Corp. vs. Am. Arbitration Ass'n, 478 F.2d 248, 251 (9th Cir. 1973); Dept. of Air Force v. Fed.Labor Relations Auth., 775 F.2d 727, 733 (6th Cir. 1985); Bowen v. Amoco Pipeline Co., 254 F.3d 925, 931 (10th Cir. 2001); MACTEC, Inc. v. Gorelick, 427 F.3d 821, 828 (10th Cir. 2005).

<sup>48</sup> Hoefl, III v. MVL Group, Inc., No. 02-9155, 2003 WL 22048228 (2<sup>d</sup> Cir. 2003); [Silicon Power vs. General Elec. Zenith Controls, 661 F. Supp. 2d 524 \(E.D. Pa. 2009\)](#); [Heartland Surgical Specialty Hospital, LLC vs. William O. Reed, JR., M.D., No. 106.660 \(Kan. App. 2012\)](#); Carolyn Beasley Burton; Robert Mills; The Mills Law Firm, vs. Class counsel and party to arbitration; arbitrator, No. 11-17718, (9<sup>th</sup> Cir. 2013); Barsness v. Scott, 126 S.W.3d 232, 238 (Tex. App. 2003); Circle Zebra Fabricators, Ltd. ex rel. Circle Zebra Management, L.L.C. v. Americas Welding Corp., N°.13-10-00504-CV, 13-10-00591-CV, 2011 WL 1844443, (Tex. App. 2011).

<sup>49</sup> Paris, 18 novembre 2004, Thalès, JDI 2005, p. 357, note A. Mourre ; JCP 2005, II, 10038, note G. Chabot ; RTD com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin.

<sup>50</sup> Paris, 4 mars 2014, n° 12/17681, *Gulf Leaders*, Dall. 2014. 1967, obs. S. Bollée, Dall. 2014. 2541, obs. T. Clay ; Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, République du Kirghizistan c/ M. X., RDC 2017, p. 304.

<sup>51</sup> Paris, 16 janvier 2018, JDI 2018, note S. Bollée, à paraître ; Rev. arb. 2018, note S. Lemaire.

Au cœur des droits étatiques modernes sur l'arbitrage commercial international, il y a le principe central de l'autonomie<sup>52</sup>. Appliquée à la conduite de l'arbitrage, cette autonomie confère aux parties la liberté de déterminer les règles de droit applicables à la procédure. L'article 1509 du code de procédure civile prévoit, à ce titre, que « *La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. (...)* ». Cette règle est également prévue par le droit américain<sup>53</sup>. Et, envisagée au stade du règlement du litige au fond, elle autorise également la détermination par les parties des règles substantielles applicables<sup>54</sup>.

Par cette faculté donnée aux parties de se donner leurs propres règles, le principe d'autonomie les investit d'un certain pouvoir de réglementation de l'activité juridictionnelle. Même si on est loin de l'idée de l'autorégulation, les parties se limitant notamment à opérer un choix parmi des règles juridiques existantes, le fait est que ces dernières ne leur sont pas imposées d'autorité par l'État. En cela, il s'agit d'une forme de régulation horizontale, laquelle est traditionnellement associée à la pensée libérale classique<sup>55</sup>.

Plus déterminante est, cependant, la régulation privée qui procède de la création normative par les acteurs non étatiques. En effet, à la faveur d'un certain nombre de facteurs – l'incomplétude de la réglementation publique, la lâcheté du contrôle judiciaire sur cette justice privée et l'autonomie à elle reconnue, un boulevard s'est ouvert à l'initiative privée<sup>56</sup>. Ainsi, au fil des années, des acteurs privés ont secrété des règles juridiques dotées d'un degré plus ou moins prononcé de normativité. Aujourd'hui, ce *soft law* (droit mou ou souple) a atteint un tel niveau de sophistication et d'acceptation dans la communauté arbitrale qu'il est codifié<sup>57</sup>. Preuve de la place prépondérante qu'il tient dans le fonctionnement de l'arbitrage, les règles édictées par l'*International Bar Association*<sup>58</sup> portant sur l'administration de la preuve<sup>59</sup> et ses lignes directrices relativement aux conflits d'intérêts dans l'arbitrage international<sup>60</sup> sont devenues incontournables pour les arbitres internationaux, qui s'y réfèrent quasi systématiquement. Dans le même

---

<sup>52</sup> Sur les liens entre le principe d'autonomie et la doctrine libérale, voir H. M. Watt, « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1, p. 188.

<sup>53</sup> *Remy America, Inc., v. Touzet Distr., SARL*, 816 F.Supp. 213, 216-17 (S.D.N.Y 1993) ; *Intercabon Bermuda, Ltd v. Caltex Trading & Transp. Corp.*, 146 F.R.D. 64, 72 (S.D.N.Y 1993).

<sup>54</sup> Article 1511 al. 1 CPC : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies (...)* » ; *The Bremen v. Zapata Off-Shore Company*, 407 U.S. 1 (1972).

<sup>55</sup> Voir J. Chevallier, « Contractualisation et régulation », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, p. 5.

<sup>56</sup> J. B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Puf, 2016, p. 75.

<sup>57</sup> Voir en ce sens G. Kaufmann-Kohler, « *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity* », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17.

<sup>58</sup> Association professionnelle d'avocats regroupant pas moins de 35.000 membres.

<sup>59</sup> *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*.

<sup>60</sup> *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.

ordre d'idées, les centres d'arbitrage majeurs, notamment pour favoriser l'éthique arbitrale<sup>61</sup>, ont adopté des règles encadrant l'action des différents acteurs. On peut citer, à cet égard, les règles éthiques des arbitres du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, la Charte éthique de l'arbitrage de la Fédération des Centres d'Arbitrage, ou encore le Code éthique des arbitres de l'*American Arbitration Association*. La pratique de ces organisations, conjuguée avec celle des arbitres internationaux, a généré des usages processuels<sup>62</sup>, qui sont tout aussi largement suivis dans la communauté arbitrale.

Le libéralisme dont est porteur ce mode de régulation privée est indirectement celui des droits nationaux, ces derniers l'ayant encouragé par leur renonciation à imposer une réglementation verticale globale et impérative. De même, et au-delà de lui offrir un cadre d'expression, les droits nationaux en assurent également l'effectivité en sanctionnant les violations. En règle générale, cette sanction est fondée sur l'effet obligatoire du contrat lorsque – ouvrant le champ contractuel au droit souple – les parties ont inséré ces règles d'origine privée dans leur convention d'arbitrage. Hypothèse plus rare, certaines juridictions nationales sanctionnent directement la violation de ce droit mou, alors même que les parties ne l'ont pas contractuellement adopté. C'est le cas de certains juges américains qui, pour apprécier l'indépendance des arbitres dans le cadre le contrôle de la sentence arbitrale, n'hésitent par exemple pas à viser, quoiqu'à titre accessoire, le Code éthique des arbitres de l'*American Arbitration Association* et les lignes directrices de l'*International Bar Association*<sup>63</sup>.

On peut néanmoins se demander si, par sa sanction par le droit étatique, ce droit mou ne se mue pas en droit dur (*hard law*)<sup>64</sup>. Sans doute... Mais, par son origine non étatique, il n'en continuera pas toujours de témoigner d'une forme de régulation horizontale.

---

<sup>61</sup> Sur l'ensemble de la question, voir L'éthique dans l'arbitrage, collectif, Bruylant, 2011.

<sup>62</sup> Pour une définition des usages processuels, voir P. Mousseron, « *Les usages de l'arbitrage* », Les Petites Affiches, n° 32, 2013, pp. 27-32 ; C. Sanchez Saëz, Usages et arbitrage, Thèse, Université Montpellier, 2017.

<sup>63</sup> *Industrial Materials Corp.v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S.* No. 05 CV 10540(RPP), 2006 WL 1816383 (S.D.N.Y. 2006) ; *New Regency Productions, Inc. v. Nippon Herald Films*, 501 F.3d 1101 (9th Cir. 2007).

<sup>64</sup> G. Kaufmann-Kohler, « *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity* », op. cit., p. 13.



# L'INFLUENCE DE LA POSITION AMÉRICAINNE SUR L'ÉLABORATION ET LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD DE PARIS

Par  
Marie CUQ  
Docteure qualifiée en droit public  
ATER à l'Université Le Havre-Normandie

L'américanisation du droit est un phénomène difficile à circonscrire. Ses manifestations sont diverses et ne semblent pas pouvoir être réduites à l'exportation d'un modèle économique néolibéral<sup>1</sup>. Cela étant, sur certaines questions internationales, telles que les changements climatiques, la conduite des relations extérieures des États-Unis est depuis longtemps guidée par la préservation des avantages concurrentiels de leurs entreprises<sup>2</sup>. La lutte contre le réchauffement climatique nécessite pourtant une action coordonnée du plus grand nombre d'États<sup>3</sup>. L'objectif est en particulier de réglementer les activités des opérateurs économiques, principaux émetteurs de gaz à effet de serre<sup>4</sup>. Cette réglementation contribuerait également, dans une optique de compétitivité économique, à diminuer les distorsions de concurrence, c'est-à-dire l'application de législations nationales variables à des entreprises concurrentes sur le marché mondial. Cependant, ce multilatéralisme se heurte régulièrement à

---

<sup>1</sup> V. à ce sujet les contributions de B. Daugeron et J. Caillosse dans cet ouvrage. V. aussi : P. Mbongo et R. L. Weaver (dir.), *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre américanophilie et américanophobie*, Lextenso-Institut Universitaire Varenne, 2013, 407 p.

<sup>2</sup> V. T. Brewer, *The United States in a Warming World : the Political Economy of Government, Business, and Public Responses to Climate Change*, Cambridge University Press, 2015, 351 p.

<sup>3</sup> C. Philibert, « Spécificités du changement climatique et implications pour les négociations internationales », in S. Maljean-Dubois (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La Documentation française, 2002, p. 247.

<sup>4</sup> Sur l'ampleur actuel des enjeux, v. J. Guiot, « Limiter l'augmentation des températures bien en dessous de 2°C : est-ce un objectif atteignable ? », in M. Hautereau-Boutonnet et al., *Après l'Accord de Paris, quels droits face au changement climatique*, *Rev. jur. env.*, 2017/HS n°17, p.24-29.

la conception états-unienne d'un marché aux contraintes minimales pour leurs opérateurs nationaux<sup>5</sup>.

Au niveau international, les premières bases d'un droit relatif aux changements climatiques ont été établies en 1992, lors de l'adoption de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC). A cette occasion, 189 Etats, dont les États-Unis, se sont engagés à « stabiliser [...] les concentrations de gaz à effet de serre » à un niveau qui ne perturbe plus le climat<sup>6</sup>. Ils acceptèrent de se réunir régulièrement au sein des Conférences des Parties (les fameuses « COP ») afin de suivre et d'approfondir la mise en œuvre de cette Convention<sup>7</sup>. Néanmoins, ce premier texte ne contenait pas d'objectif chiffré, ni d'échéances temporelles pour atteindre cette stabilisation. En 1997, plusieurs Etats décidèrent donc de le compléter par le Protocole de Kyoto et de fixer, pour une période de 2008 à 2012, un objectif global de réduction d'au moins 5% par rapport à 1990<sup>8</sup>. L'engagement des États-Unis dans cette voie était primordial puisqu'ils représentaient, à l'époque, le premier émetteur de gaz à effet de serre. Seulement, ce Protocole ne prévoyait d'objectifs quantifiés qu'à l'égard des pays industrialisés<sup>9</sup>. Compte tenu de leur moindre contribution historique au réchauffement climatique, les pays en voie de développement n'étaient pas soumis à de telles obligations. Cette dualité de régime n'empêcha pas la signature de ce texte par le Président Clinton. Il justifia cependant l'opposition du Sénat américain à sa ratification. Ce dernier mit en avant les obstacles qu'engendraient ce Protocole au développement économique national alors que des pays émergents, tels que l'Inde, le Brésil ou la Chine, pratiquaient une concurrence libérée de telles contraintes<sup>10</sup>. En 2005, le Protocole de Kyoto entra tout de même en vigueur malgré l'absence des États-Unis<sup>11</sup>. Les distorsions de concurrence engendrées par cette multilatéralisation imparfaite poussèrent toutefois d'autres Etats à reconsidérer leurs engagements

---

<sup>5</sup> Cette position est parfois qualifiée de « souverainiste » dès lors que les États-Unis n'entendraient « à aucun prix aliéner le droit de se développer sans contrainte d'aucune sorte » : M. Bedjaoui, « L'humanité en quête de paix et de développement (II). Cours général 2004 », *RCADI*, t. 325, 2006, p. 352.

<sup>6</sup> Art. 2 de la CCNUCC, 9 mai 1992, *RTNU*, vol. 1771, p. 107 (entrée en vigueur le 21 mars 1994). Les Etats- Unis l'ont signé le 12 juin 1992 et ratifié le 15 octobre 1992, v. [<https://treaties.un.org>].

<sup>7</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>8</sup> Art. 3 du Protocole de Kyoto à la CCNUCC, 11 décembre 1997, *RTNU*, vol. 2302, p. 148 (entré en vigueur le 16 février 2005). Les Etats- Unis l'ont signé le 12 novembre 1998, v. [<https://treaties.un.org>].

<sup>9</sup> *Ibid.*, art. 3 et annexe I.

<sup>10</sup> C. Philibert, loc. cit., p. 254 ; B. Laville, « Contraindre les Etats et les éléments?: le pari... de l'Accord de Paris », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2016, vol. 2, afl. 2, p. 15.

<sup>11</sup> A la suite de la ratification de 55 Parties représentant au moins 55% des émissions mondiales en 1990 : art. 25 du Protocole de Kyoto, *précit.* Sur l'état des ratifications, v. [<https://treaties.un.org>].

en vertu de ce texte<sup>12</sup>. L'efficacité de ce Protocole s'en trouva considérablement affectée jusqu'à son échéance initialement prévue en 2012.

Il était donc devenu urgent de renégocier la suite autour d'objectifs ambitieux et de moyens élargis. Il s'agissait surtout de relancer le multilatéralisme autour des deux principaux émetteurs de gaz qu'étaient devenus la Chine et les États-Unis<sup>13</sup>. Les premières négociations, tenues à Copenhague en 2009, furent le théâtre d'oppositions marquées entre ces deux pays<sup>14</sup>. Les négociations reprirent timidement en 2011 et permirent, *a minima*, de prolonger l'application du Protocole de Kyoto jusqu'en 2020<sup>15</sup>. Après plusieurs années de discussions, elles trouvèrent finalement une issue à la COP 21, à Paris, en décembre 2015. Plusieurs États y avaient privilégié un accord largement accepté, gage de son efficacité future. Il fallait en ce sens saisir l'opportunité que constituait l'accord de principe de l'administration Obama à un tel engagement. Cette implication paraissait d'autant plus importante qu'il conditionnait aussi la participation de la Chine et des autres pays en développement à cette coopération<sup>16</sup>. A l'issue de la Conférence de Paris, un accord fut donc trouvé entre 195 pays et l'Union européenne. En avril 2016, les signataires de ce texte étaient déjà au nombre de 175, puis les ratifications se sont succédées rapidement, avec celles attendues de la Chine, des États-Unis et de l'Inde à l'automne 2016<sup>17</sup>. L'Accord entra en vigueur le 4 novembre 2016, moins d'un an après son adoption<sup>18</sup>.

Cet engouement étatique, bien loin des réticences suscitées par le Protocole de Kyoto, peut à première vue surprendre tant il contraste avec la longue et délicate négociation de l'Accord. Il fut parfois expliqué par une prise de conscience mondiale de l'urgence climatique, parfois mis au crédit d'un contexte diplomatique favorable<sup>19</sup>. Toutefois, une brève analyse de l'Accord<sup>20</sup> fait

---

<sup>12</sup> Not. le Canada en 2011, v. G. Dufour, « Le retrait du Canada du Protocole de Kyoto et le droit international public : droit de dénonciation, abus de droit et responsabilité internationale », *Revue québécoise de droit international*, 2012, vol. 25, afl. 1, p. 29-56.

<sup>13</sup> En détail sur ces enjeux, v. Y. Petit, « La gouvernance internationale du climat et le multilatéralisme : quels défis ? », *Droits fondamentaux*, 2015, n° 13, p. 1-39, v. [<http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr>].

<sup>14</sup> V. S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, « L'Accord de Paris : fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur ? », *Rev. jur. env.*, 2016, vol. 41, afl. 1, p. 23-26.

<sup>15</sup> Cette prolongation ne concernait qu'un nombre restreint d'États, représentant 13% des émissions mondiales. Pour un aperçu des négociations entre 2011 et 2015, v. *ibid.*, p. 20-24.

<sup>16</sup> S. Maljean-Dubois, T. Spencer et M. Wemaëre, « La forme juridique du futur accord de Paris sur le climat : enjeux et principales options », *Cahiers droits, sciences et technologies*, n°5/2015, p. 178.

<sup>17</sup> Sur l'état des ratifications à cette date, v. [<https://treaties.un.org>].

<sup>18</sup> A la suite de la ratification d'au moins 55 Parties représentant 55% du total des émissions mondiales : art. 21 par. 1 de l'Accord de Paris, 12 décembre 2015, disponible sur : [<https://treaties.un.org>].

<sup>19</sup> B. Laville, *loc. cit.*, p. 15 ; E. Decaux et J.-M. Thouvenin, « La COP21 : retour sur une conférence historique », *Droits fondamentaux, op. cit.*, 2015, n°13, p. 4.

<sup>20</sup> Sans pouvoir procéder, en ces quelques lignes, à son étude exhaustive, il sera ici privilégié des illustrations qui reflètent son « américanisation ». Pour une analyse complète, v. D. Klein et al. (éd.), *The*

également apparaît une priorité accordée au multilatéralisme, au détriment de l'ambition portée par ce texte. L'adhésion élargie à ce nouveau régime a en effet été obtenue à la condition d'intégrer certaines exigences américaines quant à la forme et au contenu de l'Accord (I). Cela n'a cependant pas permis de pérenniser l'engagement politique américain. Le changement de gouvernement en 2016 s'est accompagné de l'annonce de leur retrait en juin 2017. Si cette annonce n'a pas pour l'instant remis en cause l'existence de cette nouvelle coopération, elle en contrarie indiscutablement les perspectives d'efficacité (II).

## I. UNE INFLEXION DANS L'AMBITION DE L'ACCORD

La version finale de l'Accord de Paris est le résultat de conciliations entre des intérêts étatiques très divergents<sup>21</sup>. Cette recherche d'accommodement des souverainetés a sans aucun doute favorisé son adoption quasi-universelle. Elle a aussi marqué de son empreinte la portée juridique de cet accord. De manière générale, l'identification de la portée d'un texte est d'ailleurs « plus complexe que ce qu'il n'y paraît à première vue »<sup>22</sup>. Elle concerne, à l'évidence, la valeur obligatoire ou non de la source formelle choisie : convention internationale ou acte concerté non conventionnel par exemple<sup>23</sup>. Mais, elle dépend également du caractère plus ou moins contraignant des engagements étatiques<sup>24</sup> et de l'instauration de mécanismes de suivi ou de contrôle de leurs mises en œuvre<sup>25</sup>. En ces termes, il est ici possible de constater que les États-Unis ne se sont pas opposés à l'adoption formelle d'un traité contraignant sur le climat. En revanche, pour s'assurer qu'ils puissent ratifier l'Accord de Paris, en conformité avec leur droit constitutionnel, ce traité fut largement vidé de son contenu au profit d'un autre texte dénué de valeur conventionnelle (A). L'adhésion des États-Unis au projet climatique fut, en outre, obtenue à la condition que l'ensemble des États se voit désormais imposer des obligations. Cette multilatéralisation de l'action a toutefois pris la forme d'engagements étatiques au contenu lâche (B).

---

*Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, 2017, 480 p. ; M. Torre-Schaub (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Mare et Martin, 2018, 374 p.

<sup>21</sup> Pour un panorama de ces intérêts, v. Y. Petit, *loc. cit.*, p. 9-13.

<sup>22</sup> S. Maljean-Dubois, T. Spencer et M. Wemaëre, *loc. cit.*, p. 178.

<sup>23</sup> Sur cette distinction, v. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2009, pars. 250-254.

<sup>24</sup> S'agit-il par ex. d'obligations « précises, quantifiées, enserrées dans des calendriers » ? Sont-elles « auto-exécutoires » ou nécessitent-elles des mesures de concrétisation ? Sont-elles formulées de manière à laisser une liberté à l'État dans l'opportunité ou les modalités de leur mise en œuvre ? : S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 29.

<sup>25</sup> S. Maljean-Dubois, T. Spencer et M. Wemaëre, *loc. cit.*, p. 180-181.

## A. L'EXIGENCE D'UN ACCORD COMPOSE DE DEUX TEXTES DISTINCTS

Au sens du droit constitutionnel américain, les accords internationaux font l'objet de procédures de ratification distinctes selon s'ils sont considérés comme des « treaty » ou des « executive agreement ». Les premiers doivent être ratifiés par le Sénat américain tandis que les seconds entrent en vigueur à la suite d'une seule décision du Président<sup>26</sup>. En 2015, le volontarisme du Président Obama en matière climatique se confrontait précisément à un Sénat en majeure partie opposé à un nouvel accord. Afin d'éviter un blocage similaire au Protocole de Kyoto, ce nouveau texte devait donc constituer un « executive agreement », c'est-à-dire un accord d'exécution d'un texte liant déjà les États-Unis sur le plan international. En un mot, l'Accord de Paris devait se présenter comme un accord d'application de la Convention sur les changements climatiques de 1992, sans prévoir d'obligation nouvelle à la charge des États-Unis.

Au niveau international, cette exigence constitutionnelle joua d'abord dans le choix de l'enceinte de négociation de l'accord. Les discussions interétatiques avaient été l'objet de deux processus parallèles : le premier, mené à partir de 2005 entre les Parties au Protocole de Kyoto, et le deuxième, regroupant un nombre plus important d'États, conduit à partir de 2008 entre les Parties à la Convention de 1992<sup>27</sup>. L'absence des États-Unis et du Canada au sein du premier forum a cependant vite fait pencher la balance vers celui de la Convention de 1992. Ce choix coïncida alors avec l'exigence des États-Unis de négocier un texte sous l'égide de cette Convention et n'ayant pour objectif formel que de la mettre en application. Toutefois, encore fallait-il que cet Accord ne prévoie pas d'obligation nouvelle à la charge des États. Afin de remplir cette condition, mais sans remettre en cause la perspective d'une coopération renouvelée, il fut choisi d'adopter deux textes : l'Accord de Paris en tant que tel et une décision de la COP l'accompagnant<sup>28</sup>. Venant largement compléter l'Accord, cette décision de la COP en serait même substantiellement plus importante alors qu'elle n'est pas juridiquement obligatoire<sup>29</sup>. En effet, l'Accord se contente par exemple d'établir les principes généraux du financement climatique au profit des pays en voie de développement tandis que la décision évoque plus précisément les engagements chiffrés des États<sup>30</sup>. De la même manière, les obligations de réduction des gaz à

---

<sup>26</sup> D. Bodansky et S. Day O'Connor, *Legal Options for U.S. Acceptance of a New Climate Change Agreement*, Center for Climate and Energy Solutions, mai 2015, p. 13-14.

<sup>27</sup> En détail, v. not. S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 20-26.

<sup>28</sup> Accord de Paris, *précit.* ; Décision 1/CP.21, FCCC /CP/2015/L.9, 19 décembre 2015.

<sup>29</sup> Par ex. S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 27-28. Sur la portée juridique des décisions de la COP, v. par ex. S. Maljean-Dubois, T. Spencer, M. Wemaëre, *loc. cit.*, p. 183-184.

<sup>30</sup> Art. 9 de l'Accord de Paris, *précit.* ; par. 54 de la décision 1/CP.21, *précit.*

effet de serre ne sont pas directement définies dans l'Accord. Ce dernier établit que chaque Partie détermine lui-même l'ambition de sa contribution et la consigne dans un registre international<sup>31</sup>. Pourtant au cœur du dispositif climatique, ces contributions, comme les engagements financiers des Etats, ne sont donc pas consacrés au rang d'obligations conventionnelles.

En répondant ainsi aux exigences américaines, cette structure de l'accord entraîne cependant des interrogations sur la concrétisation des engagements non conventionnels. Sans être obligatoires, peuvent-ils faire l'objet d'une mise en œuvre concrète ? La pratique pourrait tendre à répondre par l'affirmative, d'autant qu'en amont, il est souvent relevé le « soin mis à négocier le contenu de tels actes, tout comme le fait que les États acceptent parfois l'instauration de mécanismes de suivi et de contrôle de leur application [...] »<sup>32</sup>. En ce sens, l'identification d'une portée juridique de ces engagements dépend aussi de l'intention étatique reflétée par les dispositions du texte et de l'établissement de procédures de contrôle et de suivi. Sur ces points de négociation toutefois, le défi majeur de mobiliser le plus grand nombre d'Etats n'a abouti qu'à la définition d'engagements au contenu très souple.

## B. LA CONDITION D'UN MULTILATERALISME « MOU »

Les États-Unis tenaient vigoureusement à la définition d'un socle d'obligations communes aux Parties. Il s'agissait en effet de revenir sur la distinction opérée trop nettement par le Protocole de Kyoto entre les pays développés et les pays en voie de développement. Cette division « Nord-Sud » ne correspondait plus à la situation mondiale, compte tenu de la Chine ou de l'Inde qui se hissaient aux rangs des plus importants émetteurs de gaz à effet de serre. L'atténuation de cette dualité était nécessaire pour assurer la protection de l'environnement et réduire, bien sûr, les distorsions de concurrence. Le retour des États-Unis au sein de cette coopération ne devait cependant pas s'opérer de manière trop contraignante, à la fois pour respecter leurs exigences constitutionnelles mais aussi pour ménager les oppositions nationales à cet accord. De ce point de vue, la position américaine était en accord avec celle des pays émergents qui se voyaient pour la première fois imposer des obligations

---

<sup>31</sup> Art. 4 pars. 2 et 12 de l'Accord de Paris, *précit.*

<sup>32</sup> S. Maljean-Dubois, T. Spencer, M. Wemaëre, *loc. cit.*, p. 179 et plus largement sur cette question p. 182-189 ; v. aussi L. Rajamani, « The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations », *JEL*, 2016, 28, p. 337-358. Sur la « *soft law* » en général, v. not. G. Abi Saab, « Éloge du "droit assourdi" ». Quelques réflexions sur le rôle de la *soft-law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à F. Rigaux, Bruylant, 1993, p. 137-144.

climatiques<sup>33</sup>. Les Etats réussirent à conjuguer leurs intérêts dans l'instauration finale d'un régime commun peu prescriptif.

L'Accord de Paris prévoit ainsi, que pour l'atténuation des émissions de gaz, les pays développés « devraient continuer de montrer la voie » à travers des engagements chiffrés tandis que les pays en voie de développement sont « encouragés à passer progressivement à des objectifs de réduction ou de limitation »<sup>34</sup>. Le texte étend par là la catégorie des Etats débiteurs de l'obligation d'atténuation. Cet élargissement aux pays en voie de développement s'opère toutefois graduellement afin de s'assurer de l'adhésion des pays émergents. Il se traduit par une grande liberté accordée à leur égard puisqu'il n'est précisé aucune échéance temporelle au terme de laquelle ils devront formuler des objectifs de réduction ou de limitation. De la même manière, les pays développés sont simplement incités à maintenir leur rôle de chef de file sans qu'une obligation plus ferme ne soit formulée. Au surplus, il est précisé que tous les Etats doivent prendre « les mesures internes » pour se conformer à leurs contributions nationales, les communiquer, les actualiser et les concrétiser<sup>35</sup>. De manière particulièrement respectueuse de leur souveraineté, chaque Etat fixe librement l'ambition de sa contribution et les moyens de la mettre en œuvre. La multilatéralisation de l'obligation d'atténuation reste donc bien un élément central de l'Accord et ne s'opère que par une incitation souple à un volontarisme étatique.

Cette flexibilité laissée aux Etats doit néanmoins permettre d'atteindre l'objectif, fixé par l'Accord, de contenir l'élévation de la température moyenne « nettement en dessous de 2 degrés Celsius »<sup>36</sup>. Lors des négociations, les petits pays insulaires avaient plaidé pour un objectif plus ambitieux de 1,5 degrés Celsius<sup>37</sup>. Cependant, la perspective d'une atténuation de 2 degrés était plus proche des contributions formulées, en avance, par les Etats en 2009 et 2010, lors des négociations de l'Accord de Paris<sup>38</sup>. Jusqu'à son adoption fin 2015, l'augmentation continue des températures mondiales n'avait, de plus, cessé d'accroître le défi à relever<sup>39</sup>. Pour certains auteurs, les négociateurs de l'Accord ont donc fait un choix réaliste en retenant un objectif d'atténuation de 2 degrés<sup>40</sup>. Malgré cela, des questions persistent sur sa concrétisation, compte tenu de la grande liberté laissée aux Etats. En 2016, 186 États représentant 98% des

---

<sup>33</sup> En contrepartie, ces Etats plaidèrent, avec les pays en voie de développement en général, pour l'instauration de mécanismes d'« équité et de justice climatiques », v. S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 32-35 ; Y. Petit, *loc. cit.*, p. 23-39.

<sup>34</sup> Art. 4 par. 4 de l'Accord de Paris, *précit.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, art. 4 pars. 2 et 9.

<sup>36</sup> *Ibid.*, art. 2 par. 1 a).

<sup>37</sup> Celui-ci est mentionné dans le texte mais « au titre des efforts devant être poursuivis » par les Etats : *ibid.*

<sup>38</sup> V. S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 30.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 29-30 ; J. Guiot, *loc. cit.*, p. 24-25.

<sup>40</sup> Par ex. J. Guiot, *loc. cit.*, p. 29-31 ; Y. Petit, *loc. cit.*, p. 3-4.

émissions mondiales avaient déjà communiqué leurs contributions nationales. Les États-Unis y avaient pris l'engagement de réduire, d'ici à 2025, leurs émissions de 26% à 28% par rapport à 2005<sup>41</sup>. Depuis de nombreuses années, ils représentaient aussi le plus important contributeur au financement climatique<sup>42</sup>. En cumulé, l'ensemble des contributions nationales n'atteignaient toutefois qu'un objectif d'atténuation de 3 à 3,5 degrés<sup>43</sup>. Elles constituaient une base multilatérale destinée à être modifiée puisqu'en vertu de l'Accord de Paris, les États peuvent réviser leurs contributions « afin d'en relever le niveau d'ambition »<sup>44</sup>. Cette disposition imposerait aux États d'intensifier leurs efforts futurs, sans pouvoir les redéfinir à la baisse<sup>45</sup>. L'absence de sanction juridique dans l'Accord de Paris<sup>46</sup> confirme cependant, si ce n'était encore nécessaire, que cette dynamique vertueuse repose d'abord le volontarisme étatique. Cette logique générale d'incitation souple se trouva pourtant rapidement fragilisée lorsque, à la suite d'un changement d'administration américaine, les États-Unis décidèrent de se retirer de l'Accord.

## II. UNE MISE EN ŒUVRE CONTRARIÉE PAR L'ANNONCE DU RETRAIT AMÉRICAIN ?

L'arrivée au pouvoir du Président Trump s'est accompagnée d'un retour des thèses climato-septiques, minimisant l'ampleur du dérèglement climatique et l'impact de l'activité humaine sur celui-ci. Au niveau international, elles ont fondé le rejet du multilatéralisme et la nécessité d'un protectionnisme des industries américaines, y compris les plus polluantes<sup>47</sup>. Le retrait des États-Unis de l'Accord de Paris, annoncé le 7 juin 2017, a suscité de nombreuses réactions. Il a fait craindre à un effondrement de ce nouveau régime<sup>48</sup>. Plus d'un an après, qu'en est-il véritablement ? Ce retrait a-t-il permis aux États-Unis de diffuser un scepticisme climatique au service d'une plus grande compétitivité économique ? En réalité, d'un point de vue juridique, les conditions imposées par l'Accord de

---

<sup>41</sup> L. Rajamani et J. Brunnée, « The Legality of Downgrading Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement: Lessons from the US Disengagement », *JEL*, 2017, 29, afl. 3, p 537.

<sup>42</sup> S. Maljean-Dubois, « L'Accord de Paris sans Washington, un électrochoc positif ? », *The Conversation*, 7 juin 2017, v. [<https://theconversation.com>].

<sup>43</sup> S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 19.

<sup>44</sup> Art. 4 par. 11 de l'Accord de Paris, *précit.* Sur le lancement de négociations dans ce cadre, cf. *Infra* II, B.

<sup>45</sup> Pour un lien établi avec un principe de non-régression, v. S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*, p. 31.

<sup>46</sup> L'Accord prévoit simplement un mécanisme de promotion du contrôle de son respect qui devra être mis en œuvre de manière « non accusatoire et non punitive » : art. 15 de l'Accord de Paris, *précit.*

<sup>47</sup> Au niveau national, elles se traduisent par un « décriotage » du droit de l'environnement, v. D. C. Esty, « Trumping-Trump : pourquoi l'accord de Paris survivra », in *Après l'Accord [...]*, *op. cit.*, p. 51-53.

<sup>48</sup> Evoqué par ex. par E. Decaux et J.-M. Thouvenin, *loc.cit.*, p. 1.

Paris pour opérer un tel retrait ne permettent pas encore de considérer les États-Unis comme libérés de leurs obligations conventionnelles (A). Néanmoins, la prise de distance immédiate des États-Unis avec leurs engagements entraîne inévitablement des doutes sur la capacité de l'Accord de Paris à enrayer la hausse de températures. Pour l'instant, un activisme marqué d'acteurs divers semble essayer de maintenir « à flot » cette coopération climatique (B).

#### A. LES EFFETS JURIDIQUES DIFFERES D'UN EVENTUEL RETRAIT AMERICAIN

Premier d'une série d'annonces<sup>49</sup>, le souhait des États-Unis de se retirer de l'Accord de Paris fut notifié aux Nations Unies le 4 août 2017. Conformément aux règles internationales en la matière<sup>50</sup>, un tel retrait n'est toutefois valable que dans les conditions prévues par l'Accord de Paris. Or, celui-ci prévoit que le retrait d'un État n'est possible qu'après un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord<sup>51</sup>. Entré en vigueur le 4 novembre 2016, l'Accord de Paris ne permettrait donc aux États-Unis de se retirer qu'à partir de la date du 4 novembre 2019. De ce fait, la notification américaine du 4 août 2017 ne peut juridiquement constituer un retrait officiel de leur part. Les termes de la lettre transmise aux Nations Unies le sous-entendent d'ailleurs : « [à] moins qu'ils ne trouvent des modalités de réengagement qui leur agréent, les États-Unis adresseront par écrit au Secrétaire général une notification officielle de leur intention de se retirer de l'Accord dès qu'ils seront en droit de le faire »<sup>52</sup>. Au fond, l'objectif de cette lettre paraissait être celui d'un ultimatum politique, posé aux autres Parties, entre une renégociation de l'Accord ou le retrait officiel des États-Unis<sup>53</sup>. Il n'eut cependant pas les effets escomptés puisque cette renégociation reçut un refus catégorique de la part des autres États.

La perspective d'un retrait des États-Unis en 2019 paraîtrait alors plus probable. L'Accord de Paris ajoute toutefois qu'une telle dénonciation ne pourra produire ses effets qu'à l'issue d'une nouvelle période d'un an après la

---

<sup>49</sup> Depuis, les États-Unis ont not. annoncé leur retrait de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) le 12 octobre 2017, de l'accord nucléaire iranien le 8 mai 2018 et du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 20 juin 2018.

<sup>50</sup> Arts. 54 et 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, RTNU, vol. 1155, p. 331.

<sup>51</sup> Art. 28 par. 1 de l'Accord de Paris, *précit.*

<sup>52</sup> Communication des États-Unis d'Amérique, 4 août 2017, doc. C.N.464.2017.TREATIES-XXVII.7.d.

<sup>53</sup> D'autant qu'en vertu de l'Accord de Paris, les États-Unis peuvent dénoncer la Convention-cadre de 1992 et se retirer, par la même, de l'Accord de Paris dans un délai d'un an : art. 28 par. 3 de l'Accord de Paris, *précit.* V. Y. Aguila, « Sortie des États-Unis de l'Accord de Paris : quelles conséquences ? », *D.*, 2017, p. 1240.

notification du retrait<sup>54</sup>. En l'occurrence, il faudra attendre le 4 novembre 2020, date à laquelle de nouvelles élections américaines auront peut-être déjà permis de revenir sur cette décision<sup>55</sup>. Dans l'intervalle cependant, le Président Trump a semblé préciser que les États-Unis n'entendaient plus respecter leurs engagements<sup>56</sup>. Il s'agirait donc d'une volonté d'agir en violation du droit international applicable à leur égard. Certes, l'Accord de Paris ne s'applique effectivement qu'à partir de 2020 mais, depuis leur ratification, les États-Unis sont tenus d'exécuter cet Accord de bonne foi<sup>57</sup>. Dans ce cadre, la relance outre-Atlantique d'une politique industrielle peu respectueuse de l'environnement pourrait par exemple être juridiquement contestée<sup>58</sup>. Au niveau national, de plus en plus de juridictions acceptent, y compris aux États-Unis, de connaître d'actions intentées contre l'État pour carence dans la lutte contre le réchauffement climatique<sup>59</sup>. Sur le plan international, cette hypothèse paraît encore bien mince même si des évolutions récentes pourraient présager de changements futurs<sup>60</sup>. Pour l'heure, la sanction internationale reste avant tout politique. Elle se concrétise actuellement par un isolement des États-Unis sur les questions climatiques mais sans pour autant, loin s'en faut, faciliter les perspectives de mise en œuvre de l'Accord de Paris.

## B. LES PERSPECTIVES D'UNE MISE EN ŒUVRE CONTRASTÉE DE L'ACCORD

Dans les faits, la position américaine entraîne le retour à un multilatéralisme imparfait pouvant être perçu comme inéquitable pour les entreprises d'autres Parties à l'Accord de Paris. L'annonce de ce retrait aurait donc tout à fait pu être suivi de décisions similaires d'autres États, cherchant à conserver leur avantage compétitif face aux États-Unis. Pourtant, cet « effet domino » n'a pas eu lieu.

---

<sup>54</sup> Art. 28 par. 2 de l'Accord de Paris, *précit.*

<sup>55</sup> Par ex. Y. Aguila, *loc. cit.*, p. 1240.

<sup>56</sup> S. Maljean-Dubois, *loc. cit.* ; L. Rajamani et J. Brunnée, *loc. cit.*, p. 538.

<sup>57</sup> Selon l'art. 26 de la Convention de Vienne, *précit.* V. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *loc. cit.*, par. 139.

<sup>58</sup> Sur cette possibilité en détail, v. L. Rajamani et J. Brunnée, *loc. cit.*, p. 539-551.

<sup>59</sup> V. not. C. Cournil, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », in *Après l'Accord [...]*, *op. cit.*, p. 245-261.

<sup>60</sup> V. par ex. la Cour internationale de Justice (CIJ) qui a reconnu, en février 2018, que le droit international coutumier entraîne une obligation de réparation des dommages écologiques purs : CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 2 février 2018, rôle général n°150, par. 41. En général sur ces évolutions : P. Sands, « Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law », *JEL*, 2016, 28, p. 19-35 ; C. Cournil et C. Perruso, « Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, n°14, not. p. 19-21, v. [<http://journals.openedition.org/revdh>].

L'annonce du retrait américain a, au contraire, été dénoncée par l'Union européenne, le Canada, la Chine ou l'Inde<sup>61</sup>. Avec cette annonce, les États-Unis se rapprochaient politiquement des rares États non signataires de l'Accord : le Nicaragua et la Syrie. Mais depuis, ces deux États ont adhéré à l'Accord<sup>62</sup>, isolant un peu plus les États-Unis sur ces questions. Au surplus, cette situation a trouvé un écho national aux États-Unis, facilité par les modalités du processus de négociation de l'Accord de Paris. Les COP 20 et 21 ont en effet eu le souci d'impliquer, de façon volontaire, une diversité d'acteurs, au-delà des seuls États<sup>63</sup>. Suite à l'annonce du Président Trump, plusieurs États fédérés, métropoles, entreprises et fondations américaines ont de ce fait abondamment critiqué cette position et réaffirmé leur propre engagement à appliquer et à financer la lutte contre le réchauffement climatique. Réunis au sein d'une large coalition, ces acteurs ne cessent désormais de souligner le « caractère irréversible » de l'Accord et leur volonté de palier les lacunes de leur État fédéral<sup>64</sup>.

Y parviendront-ils cependant ? Certains observateurs estiment que sans l'implication des États-Unis, « l'objectif d'atténuation [...] semble plus que jamais hors d'atteinte » car ils contribuent à eux seuls à 18% des gaz à effet de serre<sup>65</sup>. Les financements risquent aussi de cruellement manquer, compte tenu des promesses du Président Obama, non suivies par le Président Trump. Plusieurs initiatives interétatiques cherchent pourtant à aller de l'avant en mobilisant toujours une diversité d'acteurs. Au-delà des COP et des nombreux événements organisés en parallèle par les acteurs non étatiques<sup>66</sup>, se multiplient également les Sommets internationaux en vue de la réitération d'engagements. Dès le mois de juin 2017, l'Union européenne et la Chine s'engageaient par exemple à diminuer la proportion de leurs énergies fossiles et à accentuer leurs efforts de financement climatique<sup>67</sup>. En décembre 2017, le « *One Planet Summit* », organisé par la France, a également été l'occasion de décroiser les « échelles, en mêlant acteurs territoriaux et globaux, publics et privés », tous financeurs potentiels pour le climat<sup>68</sup>.

---

<sup>61</sup> E. Decaux et J.-M. Thouvenin, *loc. cit.*, p. 2.

<sup>62</sup> Le Nicaragua y a adhéré le 23 octobre 2017 et la Syrie le 13 novembre 2017, v. [<https://treaties.un.org>].

<sup>63</sup> V. B. Laville, *loc. cit.*, p.21-22 ; M.-P. Blin-Franchomme, « Quel rôle pour l'entreprise après l'accord de Paris ? », in *Après l'Accord [...]*, *op. cit.*, p.125.

<sup>64</sup> D. C. Esty, *loc. cit.*, p. 55 ; M.-P. Blin-Franchomme, *loc. cit.*, p.125-127.

<sup>65</sup> S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*

<sup>66</sup> Pour un aperçu des COP postérieures à l'Accord de Paris, v. « La conférence climat de Marrakech lance un appel universel à intensifier une dynamique "irréversible" », 20 novembre 2016 et « À Bonn, la communauté internationale s'engage à intensifier l'action climatique et discute des marchés du carbone et des instruments commerciaux », 20 novembre 2017, *Bulletins Passerelles*, v. [<https://www.ictsd.org>].

<sup>67</sup> V. S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*

<sup>68</sup> M. Lemoine-Schönne, « 3 questions à Marion Lemoine-Schönne sur le One Planet Summit », *Blog Le Club des Juristes*, 16 janvier 2018, v. [<http://www.leclubdesjuristes.com>].

Les défis restent cependant immenses. La COP 23 soulignait, en novembre 2017, l'insuffisance des progrès<sup>69</sup> alors qu'un nouveau record des émissions mondiales venait d'être enregistré<sup>70</sup>. L'arrêt des efforts états-uniens tend désormais à cristalliser les urgences autour de l'atténuation des autres pays du Nord et de leurs aides financières aux pays du Sud<sup>71</sup>. Cette reconfiguration politique forcée parviendra-t-elle à faire perdurer l'élan climatique mondial ? Elle pourrait constituer « un électrochoc positif » pour la mise en œuvre de l'Accord de Paris<sup>72</sup>. L'aboutissement futur d'un dialogue entre Etats en vue de rehausser leurs contributions viendra peut-être en confirmer la tendance<sup>73</sup>. Mais la réussite de tels processus est sans cesse suspendue à la recherche de compromis importants entre des Etats aux intérêts économiques et environnementaux divergents. La fragilité de ces avancées est ainsi également liée à la question générale, non tranchée par l'Accord de Paris, des moyens adéquats pour lutter contre le réchauffement climatique. Pour certains auteurs, il en découlerait toujours un « schisme de réalité », entre cette volonté de coopération climatique et « celle de la globalisation des marchés, de l'exploitation effrénée des ressources d'énergie fossiles et des États pris dans une concurrence économique féroce et s'accrochant plus que jamais à leur souveraineté nationale [...] »<sup>74</sup>. Sans faux-semblant, l'administration Trump fait dans ce cadre le choix politique du protectionnisme national (« *America First* »), quitte à remettre en cause des pans de plus en plus nombreux du multilatéralisme juridique<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> D'après le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE), seuls 1/3 des engagements étatiques avaient fait l'objet de mesures concrètes, v. *Emissions Gap Report*, 2017, PNUE, 115 p.

<sup>70</sup> V. Organisation météorologique mondiale (OMM), *Bulletin sur les gaz à effet de serre*, n°13, 30 octobre 2017.

<sup>71</sup> « À Bonn [...] », *Bulletin Passerelles*, *loc. cit.*

<sup>72</sup> S. Maljean-Dubois, *loc. cit.*

<sup>73</sup> Les Etats s'étaient engagés, sur le fondement de l'art. 20 de la décision 1/CP.21, à réviser leurs contributions d'ici à 2020. En novembre 2017, un dialogue de « facilitation » fut établi pour préparer le lancement d'un processus de révision à la COP 24, v. par ex. « À Bonn[...] », *loc.cit.*

<sup>74</sup> S. C. Aykut et A. Dahan, *Gouverner le climat, 20 ans de négociations internationales*, Presses de Sciences Po., 2014, p. 399-400.

<sup>75</sup> Pour un des derniers ex. en date, v. à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le différend opposant les États-Unis à la Chine, la Turquie, le Mexique, le Canada et l'Union européenne au sujet du rétablissement de droits de douanes sur divers produits : OMC, Nouvelles du 19 et 20 juillet 2018, du 16, 20 août et 27 août 2018, v. [<https://www.wto.org/>].

### III.

*LA NEOLIBERALISATION DU DROIT COMME  
LIMITE A L'AMÉRICANISATION DU MONDE*



# LES ÉVOLUTIONS DU PARLEMENT FRANÇAIS : VERS UN CONGRES A L'AMÉRICAIN ?

Par  
Agnès CANAYER  
Adjointe au maire du Havre  
Sénatrice de Seine-Maritime

C'est avec grand plaisir que je reviens à la Faculté des Affaires Internationales pour ouvrir les travaux de cet après-midi, afin de poursuivre avec vous la réflexion sur le néolibéralisme et l'américanisation du droit.

Le lien devient aujourd'hui encore plus direct entre mes années d'enseignement du droit constitutionnel et des libertés publiques et la pratique législative du fait qu'à la faveur des récentes élections sénatoriales, j'ai migré de la Commission des affaires sociales à la Commission des lois.

Alors que notre pays souffre d'une inflation normative forte, dont une partie d'origine législative, le nouveau quinquennat promet de nombreuses réformes, et plus particulièrement l'organisation institutionnelle de notre pays.

La perspective de cette éventuelle révision constitutionnelle nous amènera à nous pencher sur l'équilibre des institutions françaises au regard de l'évolution de notre société, sur la place du Parlement et bien évidemment sur les sources et influences de notre système constitutionnel français.

Le système constitutionnel américain demeure un modèle en raison d'une part de sa longévité, mais surtout de son application très particulière de la théorie de la séparation des pouvoirs. De nombreux Etats ont tenté de transposer l'organisation américaine sans jamais réussir à en maintenir l'équilibre institutionnel. Ainsi, la France a fait son expérience du rêve américain en 1848, échouant elle aussi à copier le modèle.

Les constituants de 1958, sous l'influence du Général de Gaulle, ont élaboré un système constitutionnel français, résistant au modèle américain puisque basé sur le parlementarisme et la séparation souple des pouvoirs, tout en conférant au Président de la République des pouvoirs forts.

Mais aujourd'hui on constate de nombreuses entorses à cette résistance initiale. Au fil des révisions constitutionnelles et de l'évolution des pratiques institutionnelles, l'influence américaine a distillé quelques nouvelles procédures modifiant l'équilibre des institutions françaises et notamment celle du Parlement.

Pour le Parlement français la tentation du rêve américain reste prégnante. Elle se retrouve avant tout dans de nouvelles procédures parlementaires, notamment dans le contrôle de l'exécutif. Mais ce rêve reste virtuel car les cartes politiques ne se distribuent pas de la même manière et l'équilibre de nos institutions parlementaires repose essentiellement sur des pratiques issues de l'histoire constitutionnelle française.

Les dernières révisions constitutionnelles du 23 février 2007 et du 23 juillet 2008 basées sur les travaux des commissions Avril, Vedel et Balladur ont transposé en droit français plusieurs procédures directement inspirées du modèle américain. Certaines comme la limitation à 2 du nombre de mandats du Président de la République, ou l'instauration d'un contrôle constitutionnel *a posteriori*, ne concernent pas directement le Parlement. D'autres d'inspirations transatlantiques portent d'une part sur l'élaboration de la loi (I) et d'autre part sur le contrôle direct de l'action du pouvoir exécutif (II).

## I. L'ÉLABORATION DE LA LOI

L'influence du droit américain se ressent à un triple point de vue s'agissant de l'élaboration de la loi.

### A. LE DROIT DE MESSAGE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Historiquement depuis la loi de Broglie de 1873, le Président de la République ne peut se rendre au sein des assemblées parlementaires françaises. Son seul moyen de communication était le droit de message lu devant les parlementaires.

La révision constitutionnelle de 2008 a introduit la possibilité pour le Président de la République de s'adresser directement aux parlementaires réunis en Congrès à Versailles, à l'instar du message sur l'État de l'Union prononcé chaque année par le Président américain. Nicolas Sarkozy inaugura cette procédure le 22 juin 2009 pour présenter sa politique sur les investissements d'avenir. François Hollande réunit le Congrès le 16 novembre 2015, dans le contexte dramatique des attentats du Bataclan, pour affirmer la volonté nationale de combattre le terrorisme en lui conférant une forme de solennité. Enfin, Emmanuel Macron, quelques jours après le début de la nouvelle législature

s'adresse aux parlementaires réunis en Congrès pour leur présenter le programme des réformes de son quinquennat. Le Président de la République s'est engagé à renouveler cette pratique chaque année afin de présenter aux parlementaires les réformes envisagées, se rapprochant ainsi, un peu plus de la pratique du discours sur l'état de l'Union.

### B. LE « *FILIBUSTERING* »

Cette technique d'obstruction parlementaire est apparue aux Etats Unis où les parlementaires utilisaient un temps de parole abusif pour faire durer les débats. Ainsi en 1953, le sénateur Wayne Morse lut un discours de 22 heures et 26 minutes pour s'opposer à la loi pétrolière, lisant l'annuaire téléphonique ou des recettes de cuisine.

En France, le recours au droit d'amendement des parlementaires permettait d'allonger interminablement les discussions. En février 2003, l'opposition à la réforme du mode de scrutin régional déposa plus de 13 000 amendements. A l'été 2006, le record absolu fut atteint avec la loi sur le secteur de l'énergie qui comptabilisa 137 537 amendements, nécessitant plus de 500 heures de séance.

L'entrée en vigueur « du temps législatif programmé » en application de l'article 44 de la constitution modifiée en 2008 permet de définir à l'avance le temps consacré à l'examen d'un texte législatif. La durée maximum des débats est fixée et le temps de parole est réparti entre les orateurs en fonction de leur appartenance à un groupe politique.

### C. LE *LOBBYING*

Les lobbies aux États-Unis font partie intégrante de la vie politique, en témoigne l'action de la NRA (*National Rifle Association*) qui a réussi en lançant une campagne de dénigrement contre Al Gore en 2000 à lui faire perdre ses territoires et les élections.

L'arrêt de la Cour Suprême Américaine de 2010 « *Citizens United vs/ Federal Election Commission* » qui autorise les lobbies à participer aux campagnes électorales américaines dans les 60 jours précédant le scrutin, conforte encore plus la place des groupes d'intérêt sur la scène politique.

Les lobbies en France sont bien plus récents qu'aux Etats Unis, et abordés avec circonspection et voire méfiance. Cette position historique vient de notre conception de la loi garante de l'« expression de la volonté générale ».

Pour prévenir tout excès, le Sénat et l'Assemblée nationale se sont dotés de Comité de déontologie parlementaire à la fin des années 2000. Cette initiative marquait alors le souci de voir le Sénat et l'Assemblée nationale reconnus comme institutions attentives aux exigences déontologiques. Son existence a été

consacrée sur le plan législatif par l'article 3 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Dernièrement, la loi n° 2017-1339 pour la confiance en la vie politique est venue accentuer ce souci de probité, et de stricte séparation. La crainte de voir dénaturée la nature de la loi prévaut encore largement.

## II. LE CONTRÔLE DU POUVOIR EXÉCUTIF

L'influence du modèle américain se retrouve très clairement dans l'introduction de procédures de contrôle de l'exécutif directement inspirées des États-Unis.

### A. L'« IMPEACHMENT »

Lors de l'avènement de la V<sup>e</sup> République, l'article 68 de la Constitution du 4 octobre 1958, ne prévoyait une responsabilité du Président qu'en cas de haute trahison. La multiplication des scandales politico-financiers des années 1990-2000 ont créé un sentiment de malaise parmi les citoyens et une insatisfaction croissante de l'opinion publique. Devant cette désillusion naissante, le Président Jacques Chirac a mis en place la Commission Avril, chargée de réfléchir au statut pénal du chef de l'État et de formuler des propositions.

La révision constitutionnelle du 23 février 2007 est venue clarifier le statut du Président de la République et ses responsabilités pénale, civile et administrative.

Ainsi, l'article 68 introduit la procédure de destitution qui ne peut être prononcée « *qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat.* ». Ce nouvel article introduit une double dimension politico-juridique, à l'image de la pratique de la procédure d'« *impeachment* » à l'américaine.

D'une part, les motifs de la destitution laissent place à l'introduction d'une responsabilité qui reposerait sur des éléments plus politiques que pénaux, introduisant une forte dose de subjectivité, voire d'opportunité dans la procédure.

D'autre part, la procédure, largement inspirée de celle de l'« *impeachment* » est totalement soumise à la volonté du pouvoir législatif puisque ce sont les deux assemblées qui non seulement décident du recours à la Haute Cour mais surtout composent cette même Cour. La majorité qualifiée des 2/3 est elle-même identique à celle nécessaire pour la mise en jeu par le Sénat américain de la responsabilité présidentielle.

Les sept années nécessaires pour l'adoption de la loi organique nécessaire à la mise en œuvre de la destitution adoptée seulement le 21 octobre 2014, montre

les grandes réticences face à cette américanisation du droit constitutionnel français.

La première tentative de destitution introduite par le Député Pierre Lellouche suivi par l'ensemble du groupe UMP de l'Assemblée Nationale à l'encontre du Président Hollande en novembre 2016 pour divulgation d'informations secrètes a rapidement tourné court car rejetée par le Bureau de l'Assemblée nationale.

Autre tentative de recours aux procédures US de renforcement du contrôle de l'exécutif : le parjure.

En 2013, en plein cœur de l'affaire dite Cahuzac, en réponse à cette situation où le ministre tient des propos mensongers à l'Assemblée nationale, représentation nationale, les Députés UMP, Pierre Morel à l'Huissier, Daniel Fasquelle et Thierry Lazaro ont déposé chacun des propositions de loi tendant à instaurer un délit de parjure et à instaurer une inéligibilité en cas de mensonge. Il est intéressant de souligner que dans chacun des exposés des motifs l'exemple américain est pris en référence. Ces propositions de lois, réponses de circonstances, n'ont pas été inscrites à l'ordre du jour...

## **B. LES COMMISSIONS D'ENQUETE PARLEMENTAIRES**

Si la fonction de contrôle du Parlement repose avant tout dans le droit parlementaire français sur la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement, force est de constater que l'outil le plus efficace pour le Parlement de contrôler reste la commission d'enquête. Corolaire du régime parlementaire, le rôle des commissions d'enquête parlementaire a été élargi par la loi n° 91-968 du 20 juillet 1991 tendant à modifier l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relatif aux commissions d'enquête et de contrôle parlementaires.

Ainsi, les moyens d'investigations sur pièces et sur place des commissions ont été étendus et la publicité des auditions (à l'image de la pratique américaine) a considérablement renforcé leur poids. Inscrites dans la Constitution depuis 2008 en son article 51-2, les commissions d'enquête sont de vrais outils de contrôle de l'activité politique. La Commission sur la canicule de 2003 ou encore celle sur l'affaire d'Outreau en 2005 ont mis à jour de véritables dysfonctionnements de l'administration française. Même si elles n'ont pas la même puissance d'action que leurs homologues américaines, les commissions d'enquête françaises assurent un vrai contre-pouvoir parlementaire à l'action de l'exécutif

## **C. LE CONTROLE DES NOMINATIONS**

Comme aux Etats Unis, le Président de la République dispose d'un large pouvoir de nomination définis aux articles 13, 20 et 65 de la Constitution. La révision constitutionnelle de 2008 a instauré un contrôle parlementaire sur les nominations puisqu'à la majorité des 3/5e de chaque commission compétente, les parlementaires peuvent s'y opposer. Cette procédure permet en théorie de soumettre les choix présidentiels au contrôle du Parlement. Le seul refus adopté prouve le peu d'efficacité de cette procédure.

Comme l'affirmait le rapporteur Jean-Luc Warsmann, au nom de la Commission des Lois, à l'Assemblée nationale lors des débats relatifs à la révision constitutionnelle de 2008 : « *La France s'est épuisée, par le passé, dans la recherche de chimères constitutionnelles, ... recherchant le modèle qui la sauverait de la crise... Elle a basculé au gré des crises politiques d'un modèle à l'autre, s'inspirant de modèles étrangers présentés comme idéaux, mais souvent idéalisés* ».

« *Le modèle américain apparaît souvent le premier, auréolé de la puissance du pays qui le pratique – cette tentation constitue un classique de la pensée institutionnelle française depuis au moins Tocqueville –, faisant passer la séparation stricte des pouvoirs incarnée par le régime présidentiel comme l'alpha et l'oméga de la démocratie* ».

Or, le parlementarisme à la française repose sur un équilibre bien particulier entre les pouvoirs, notamment entre les deux chambres. Le rôle du Sénat français ne peut en aucun cas être comparé à celui des États-Unis. Non seulement en raison de son mode de désignation mais aussi du fait du rôle réel exercé par la seconde chambre. Alors qu'aux États-Unis, le Sénat dispose d'un véritable pouvoir de blocage, en France il joue un rôle plus constructif. 64 % des amendements du Sénat ont été repris par l'Assemblée nationale, preuve de la qualité du travail sénatorial !

Lors de sa conférence de presse du 31 janvier 1964, le Général De Gaulle affirmait : « *Une constitution, c'est un esprit, des institutions et une pratique.* »

Si l'Esprit des lois gouverne depuis plusieurs siècles la vie institutionnelle française, le vent « jupitérien » qui souffle aujourd'hui, est susceptible de modifier la Constitution, les institutions et surtout son esprit !

L'année à venir nous le dira...

# L'INTELLIGENCE ECONOMIQUE

## Quelle prise en compte par les pouvoirs publics ?

Par  
François Lobit  
Sous-Préfet du Havre

L'intelligence économique : il s'agit d'un phénomène qui est apparu à peu près il y a une vingtaine d'années et qui est lié à l'évolution de notre société, l'évolution des relations internationales ; nous sommes rentrés dans un contexte de mondialisation accélérée de nos économies (depuis notamment la chute du mur de Berlin) avec une géopolitique un peu mouvante. J'ajouterai que depuis quelques années nous avons vu aussi l'apparition du terrorisme, le phénomène aussi des *open datas* (en français, ouverture des données publiques) qui offrent de nouvelles perspectives avec l'intelligence économique, la promotion de l'innovation avec le phénomène de l'*open innovation* que l'on voit aussi en matière de *co-working* et enfin l'apport d'investissements étrangers sur notre sol qui viennent un petit peu changer la situation.

### *Qu'est-ce que l'intelligence économique ?*

Cette définition de l'intelligence économique est multiple ; on s'aperçoit à la lecture de divers ouvrages que c'est une notion qui a beaucoup évolué. Ainsi, une première définition a été donnée par Monsieur Alain Juillet qui a été l'un des grands promoteurs de l'intelligence économique en France et a occupé des fonctions de chef d'entreprise. Il disait que l'intelligence économique « *c'était la maîtrise et la protection de l'information utile pour tous les acteurs économiques* ».

Cette définition est aujourd'hui un peu insuffisante. En fait, l'intelligence économique va permettre de réduire la part d'incertitude dans le processus de décision stratégique. On va essayer d'accumuler un certain nombre de connaissances pour mieux éclairer les décisions stratégiques. *In fine*, cette attitude devient un état d'esprit, un mode de gouvernance, un outil d'aide à la

décision. On voit combien cette définition est un peu éloignée de celle que nous a donné Monsieur Alain Juillet.

Aujourd'hui, cette intelligence économique repose sur la gestion et la maîtrise de l'information utile aux acteurs économiques pour leur permettre de dégager un avantage compétitif : ce dernier membre de phrase apporte effectivement une nouveauté par rapport à la définition de Monsieur Juillet qui était très soucieux de l'aspect préventif.

L'intelligence économique se décompose en deux volets :

1. Un volet défensif (c'est celui auquel on pense en premier) qui consiste donc à assurer la sécurité des données et du patrimoine ;
2. Un deuxième volet offensif comprenant en l'occurrence, la veille et l'influence.

En matière défensive, la sécurité économique, la protection des informations des activités et des infrastructures économiques stratégiques consistent à

✓ ne pas se faire usurper un certain nombre d'informations sensibles ;

✓ ne pas être victime d'intrusions informatiques ;

✓ ne pas être victime d'un certain nombre de manœuvres aux dépens de l'entreprise.

Concernant les volets offensifs, la veille (qu'on affuble du qualificatif de stratégique) est donc un recueil à partir de sources ouvertes : analyse, valorisation et diffusion d'informations économiques stratégiques en se mettant en état d'écoute en milieu ouvert. À ce stade, il est bon de distinguer les deux modes de récupération d'informations : le mode ouvert et le mode fermé

✓ ouvert en ouvrant son journal en regardant Internet etc. ;

✓ fermé en récupérant des informations par des canaux non officiels qui peuvent être quelquefois en marge de la légalité.

La donnée est aujourd'hui au cœur des priorités stratégiques des entreprises :

La donnée est partout et elle s'accroît de manière exponentielle.

Ses sources sont multiples : entreprises, individus, puissances publiques, voire des machines elles-mêmes.

Elle est devenue la matière première de nombreux métiers et la raison d'être de nouveaux marchés.

On parle aujourd'hui d'*open data*, mais tout ne peut pas être publié, que ce soit pour assurer la pérennité des entreprises (exemple de la stratégie d'une entreprise communiquée lors d'une enquête publique d'autorisation d'activité) ou pour préserver la souveraineté nationale. L'*open innovation* est également un risque pour les entreprises. En effet, l'innovation et le partage des données doivent être pensés et encadrés (il existe pour cela des outils : brevets, licences, accords de confidentialité, *joint-ventures*).

Le deuxième volet – le volet offensif – est aussi important. L'influence est la capacité à orienter positivement les décisions d'institutions économiques nationales et internationales. Il ne suffit pas désormais d'avoir un bon produit dans une entreprise, il faut par des opérations de relations qui peuvent aller jusqu'au lobbying, pouvoir infléchir un certain nombre de normes, infléchir un certain nombre de politiques publiques qui vont profiter à l'entreprise.

### *Un peu d'histoire*

Revenons désormais un peu en arrière. L'intelligence économique française est née à partir de l'information scientifique et technique qui s'est beaucoup développée dans les années 70/80 au profit des entreprises françaises. Dans les années 80, il était devenu nécessaire d'avoir accès à l'informatique non massive pour faciliter l'aide à l'innovation et la veille technologique.

Le monde durant cette période a beaucoup changé. La bipolarisation Est-Ouest s'est beaucoup estompée avec la disparition du mur de Berlin qui en était le symbole le plus fort. Cet événement a fait évoluer notablement les échanges économiques mondiaux. Par ailleurs, les pays émergents sont apparus et ont assuré un certain rattrapage économique par rapport à leur situation de départ. La Chine a fait son apparition sur la scène économique mondiale.

En France, le premier rapport par Monsieur Henri Martre en 1994 était largement influencé par la disparition des blocs Est-Ouest d'une part, et par le début de l'ère numérique d'autre part dans lequel nous sommes aujourd'hui. Un deuxième rapport en 2003, le rapport Carayon, s'est plutôt attaché à une vision nouvelle de la mondialisation qui était peut-être d'ailleurs une conséquence de l'apparition de l'ère numérique : puisque cette mondialisation était effectivement venue un peu mettre en avant cette notion d'intelligence économique.

### *Les impacts*

Cette intelligence économique ne concerne pas seulement comme certains le soutiennent :

- ✓ Les grands groupes ;
- ✓ Certains secteurs d'activité pointus ;
- ✓ Des entreprises implantées dans certains endroits.

Contrairement à ces affirmations, un petit commerçant dans son village est désormais soumis à une concurrence forte du fait de la mobilité des consommateurs. Il doit aussi à son niveau prêter attention à l'intelligence économique. Un producteur industriel isolé est également soumis à une concurrence mondiale tant au niveau économique que technologique et il doit se

montrer attentif à son positionnement stratégique. Enfin, aucun secteur d'activité n'est épargné par ce mouvement.

En matière d'impact économique, il est malheureusement difficile de mesurer ce que peuvent supporter notamment les entreprises. Seules certaines sanctions administratives sont connues du grand public. Même les entreprises elles-mêmes n'ont pas connaissance de certaines menaces que subissent leurs collaborateurs et que ces derniers parfois corrigent en allant jusqu'à payer des « rançons » sur leurs fonds personnels pour éviter les foudres de la hiérarchie ! On peut toutefois citer la sanction administrative par les autorités américaines qu'a subi le groupe BNP Paribas parce qu'il avait procédé à des transactions avec le Soudan, Cuba et l'Iran ; le groupe a payé 9 milliards de dollars d'amendes à l'administration américaine.

### *L'organisation des pouvoirs publics en France*

En 2004, un haut responsable de l'intelligence économique est nommé et il va être rattaché au secrétariat général de la Défense nationale, un service qui dépend du Premier ministre et qui assure la défense globale de la France depuis des ordonnances de 1959. Rappelons au passage que cette dernière est formée de plusieurs composantes : la défense économique, la défense civile la défense militaire.

En 2010, cette liaison de l'intelligence économique avec la défense a été suspendue et l'impact économique de l'intelligence économique a été mis en avant. D'où la mise à disposition en 2016 d'un commissaire à l'information stratégique à la sécurité économique (autrement dit CISE) directement rattaché au ministère économique de Bercy, qui travaille avec trois séries de partenaires :

1. Le ministère de l'intérieur qui dispose d'un certain nombre de services qui s'occupent d'intelligence économique. Dans un premier temps, la DST (direction de la sécurité du territoire) et les renseignements généraux ont été investis de cette mission. Lors de la fusion des services de renseignements en 2008, la compétence essentielle en est revenue au service de renseignements rattachés à la direction de la sécurité publique avec possibilité de concours de la direction générale de la sécurité intérieure (DGSI). Ces services, outre sur le volet répressif, sensibilisent les entreprises à cette notion tant sur le volet défensif qu'offensif ;

2. Le ministère des affaires étrangères avec son réseau économique dans les ambassades, peut recueillir certaines informations dans le cadre de la veille stratégique et repérer de possibles intrusions étrangères ;

3. Tout autre ministère (défense, justice etc.).

Au niveau local et surtout au niveau régional, un comité stratégique d'intelligence économique se réunit régulièrement, co-présidé par la préfet de région et le président du conseil régional. Cette assemblée élabore une stratégie qui s'appuie sur un certain nombre de comités opérationnels qui définissent des actions, soit dans le volet défensif, soit dans le volet offensif.

Sur l'aspect défensif, les services de police et de gendarmerie sont en première ligne avec la DIRECCTE (Direction régionale des entreprises de la concurrence et de la consommation du travail et de l'emploi) qui sensibilise les entreprises en particulier.

En matière de volet offensif, il est nécessaire de sensibiliser les entreprises à la veille stratégique et à l'influence soit en s'appuyant sur des organismes professionnels par des actions soit quelquefois en allant directement à la rencontre de certaines entreprises les plus concernées avec le concours de nombreux partenaires : le conseil régional, les compagnies consulaires, l'enseignement supérieur et les experts-comptables, etc.

### *L'aspect juridique*

Sur ce sujet, qu'il n'y a pas de grand développement à faire.

Tout d'abord l'intelligence économique dans l'essentiel de ses volets est une activité légale. Faire de la veille stratégique, assurer une influence est parfaitement légal. Donc il y a beaucoup d'aspects d'investigations économiques qui ne posent pas de problème matière de légalité. Toutefois il y a quand même des tentatives d'encadrer un certain nombre d'aspects par des lois.

La première piste a été explorée en juillet 2014 par M. Jean-Jacques Urvois alors ministre de la justice avec un projet de loi relative à la protection du secret des affaires. Cette loi n'a pas pu être votée à l'époque du fait de la mobilisation des journalistes qui ont considéré que ce texte était contraire à la liberté de la presse et nuirait à leur possibilité d'investigation. Mais ce secret des affaires est désormais protégé par la loi loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 de transposition de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

D'autres pratiques sont prohibées, comme celles tendant à

✓ Rémunérer l'acquisition de renseignements auprès d'une personne dépositaire de l'autorité publique. Cette pratique est interdite par le Code pénal tout comme celle tendant à intercepter des correspondances et à en prendre frauduleusement connaissance ;

✓ Les écoutes illégales.

Les seules dispositions vraiment législatives sont peu nombreuses ce qui laisse penser qu'il existe autour de cette idée de l'intelligence économique, un certain flou.

Par contre, récemment ont été édictées des dispositions plutôt réglementaires ou quasi réglementaires. Un certain nombre de circulaires notamment du Premier ministre et du ministre de l'intérieur ont été destinées aux départements ministériels et aux préfets, les incitant à se montrer particulièrement attentifs à ces questions d'intelligence économique.

\* \*  
\*

En conclusion, il faut bien comprendre que l'intelligence économique n'est pas simplement un état d'esprit ; elle est aussi un moyen de défendre et de promouvoir notre système d'entreprise, notre système administratif et donc aussi à assurer notre avenir commun.

# PEUT-ON PARLER D'UNE AMÉRICANISATION DES INSTITUTIONS POLITIQUES FRANÇAISES ?

Par  
Bruno DAUGERON  
Professeur de droit public  
à l'Université Paris-Descartes  
Centre Maurice Hauriou  
pour la recherche en droit public (EA 1015)

« *Team building* », « *process* », « *change manager* », « *bullshit* », « *top down* », « *back-up* », « *coworking* », « *work in progress* »... Sont-ce là les mots du jargon de la filiale française d'une entreprise américaine dont le marketing aurait été calqué sur celui en vogue aux États-Unis ? Ou bien ceux des cadres d'une banque multinationale ayant son siège à La Défense ? Non. Il s'agit, selon la presse<sup>1</sup>, du vocabulaire utilisé par les députés de *La République en marche* élus à l'occasion des élections législatives de juin 2017 lors des réunions de leur groupe parlementaire. Marque de l'emprise d'un néolibéralisme d'obédience américaine sur une société française convertie aux mœurs anglo-saxonnes ou seulement effet d'un effondrement de la civilisation au sein des organes de l'État historiquement placé sous le signe de l'éloquence ?<sup>2</sup> Autre temps, autre mœurs. Frappant est le changement d'époque et le passage – la descente ? –, certes progressif mais radical de la « République des lettres » dans laquelle s'inscrivaient les hommes d'État aimant écrire des *Mémoires d'Espoir* du général de Gaulle au *Coup d'État permanent* du président Mitterrand à celui de la société politique où les « éléments de langage » tiennent lieu de pensée, les

---

<sup>1</sup> « “Bullshit”, “top down”, “back-up” : les anglicismes envahissent les sphères macronistes », *Le Figaro* 18.9.2017 ; « Les nouvelles pratiques des députés LRM », *Le Monde* 3.1.2018.

<sup>2</sup> V. à ce sujet l'ouvrage désormais classique de N. Roussellier, *Le Parlement de l'éloquence. La souveraineté de la délibération au lendemain de la Grande guerre*, Presses de Science-po, 1997, *passim*.

médias de Parlement et les tweets de réflexion. Serait-ce cela la fameuse « américanisation » dont nous serions victime et que dénonce encore récemment l'écrivain Régis Debray dans son ouvrage *Civilisation* au sous-titre accusateur : « comment nous sommes devenus américains »<sup>3</sup>. « Certains évolutions de nos mœurs seraient le symptôme d'une maladie de l'influence américaine », explique-t-il à propos de son livre. « Le remplacement partout de la loi par le contrat. La judiciarisation du politique. La fin de la séparation public-privé. La coupure entre le monde des idées et le monde de l'action. Le business aux commandes. Le chiffrage en raison suprême. Bref, l'effacement du modèle de la République par le modèle d'outre-Atlantique. Et ne parlons pas de la langue, je vous fais grâce du Ouigo SNCF et du *low cost* Air France. Du *tag*, du *buzz*, du *selfie*, des *followers*, de *Closer* et de l'appellation contrôlée "Maisons des illustres", pour le *Hall of Fame*. Exit l'écrivain ou l'artiste. Seule compte la notoriété. Le peuple est souverain »<sup>4</sup>.

Mais, à supposer que l'on partage sans réserve son point de vue, qu'en est-il de nos institutions ? Échappent-elles à ce phénomène ou sont-elles également touchées par lui ? Et puis d'abord quel phénomène ? « L'américanisation » ? Mais qu'est-ce à dire au juste ? Difficile de répondre à cette question d'un point de vue scientifique. Car aussi présente que soit l'accusation d'américanisation, facilement employable et réputée aisément reconnaissable, elle est, comme l'écrivait jadis Thierry Maulnier chargée « de griefs contradictoires »<sup>5</sup> et reste prisonnière d'une incertitude conceptuelle qui la rend plus complexe d'usage qu'il n'y paraît au premier abord.

D'abord, parce qu'elle n'est justement pas toujours une accusation. Comme le remarque Pierre Legendre dans *Dominum mundi*, réflexion sur *L'empire du management*, pour beaucoup l'« occidentalisation-américanisation du monde est censée signifier le point d'aboutissement des civilisations »<sup>6</sup> et non une régression. Ensuite, parce que si d'aucuns pensent que la France et plus généralement l'Europe ne vont jamais assez vite et loin dans ce phénomène d'autres soulignent au contraire son caractère nocif et la perversité du processus à l'œuvre tout en duplicité et en double éthique : « Les Américains ont toujours estimé que leurs valeurs et leur mode de vie étaient supérieurs aux autres et possédaient une validité universelle. Ils ont toujours pensé qu'ils avaient pour mission de répandre ces valeurs et d'imposer ce mode de vie à la surface de la terre. Croyant à la division morale binaire du monde, ils estiment qu'ils incarnent le Bien et s'imaginent, pour reprendre les termes du président Wilson, que

---

<sup>3</sup> *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, Gallimard, 2017 et Folio, 2018.

<sup>4</sup> « Présidentielle: Alain Finkielkraut, Régis Debray et l'américanisation de la France », *L'Express* 2.5.2017.

<sup>5</sup> « Américains », in *Le sens des mots*, Flammarion, 1976, p. 11.

<sup>6</sup> *Dominum Mundi. L'empire du management*, Mille et une nuits, 2007, p. 10-11.

“l’infini privilège” qui leur a été réservé est de “sauver le monde”. Leur tendance à l’unilatéralisme et à l’hégémonisme n’est donc nullement conjoncturelle. Elle vient de loin. Le problème est qu’aujourd’hui, les mythes fondateurs de la nation américaine sont devenus des politiques opérationnelles »<sup>7</sup>.

Reste que le phénomène qu’il soit perçu comme positif ou comme négatif est loin d’être clair. C’est pourquoi il faut se garder de dresser le catalogue de ce qui semble être touché par lui ou qui est censé le caractériser sans définir ce que l’on entend par « américanisation », notion considérée comme implicitement signifiante : lister tel ou tel phénomène en y voyant implicitement la trace sans avoir cerné l’objet. Précaution d’autant plus utile quand la notion, qui suppose une démarche comparatiste, est appliquée aux institutions politiques françaises. Comme le remarque J.-M. Denquin, « Il n’est pas aisé de comprendre pourquoi dans un pays où la comparaison avec l’étranger constitue, en de nombreux domaines, un argument décisif, les institutions politiques échappent à ce principe. Est-on ici en présence d’un sentiment de particularisme si fortement intériorisé qu’il rend l’expérience locale incommensurable aux modèles étrangers ? Ou les termes de la comparaison sont-ils moins aisément qu’ailleurs présents à la conscience ? Il est relativement facile de comparer des comportements, des modes de vie, des styles, des relations sociales que véhiculent les moyens de communication moderne et qu’induit la circulation de la marchandise. Mais un système politique est un tout vaste et complexe, dont films et disques ne témoignent guère »<sup>8</sup>. Il n’en est donc que plus nécessaire de prendre du recul pour caractériser cet objet et s’entendre sur ce que l’on veut désigner à travers lui. Et l’on se rend alors vite compte qu’il peut avoir plusieurs significations qui ne sont pas toutes synonymes et qui peuvent même soit se combiner entre elles voire s’opposer. Quels sont alors ces sens du mot « américanisation » ? Il est possible, pour notre objet, d’en distinguer au moins trois lesquels sont eux-mêmes sujets à interrogations.

D’abord, *l’influence* du modèle américain sur les institutions politiques françaises. L’influence peut s’entendre ici comme l’ascendance que le modèle américain peut avoir sur les institutions françaises, désignant une possible « pénétration des idées juridiques américaines sur le système juridique français »<sup>9</sup>. Mais reste alors à savoir ce qui caractérise le « modèle américain » et donc « comment définir “l’américanité” en matière constitutionnelle »<sup>10</sup> ?

---

<sup>7</sup> V. A. de Benoist, « Anti-américanisme. Réponse à une enquête de la revue « Relève politique » (2006), v. aussi du même, « L’Amérique », in *Critiques théoriques*, L’âge d’homme, 2002, p. 141-155. v. Sur les différentes faces du concept, v. Olivier Dard, Hans-Jürgen Lüsebrink (dir.), *Américanisations et anti-américanismes comparés*, Villeneuve-d’Ascq, Septentrion, 2008, *passim*.

<sup>8</sup> *La monarchie aléatoire*, PUF, coll. « Béhémoth », 2001, p. 16.

<sup>9</sup> E. Zoller, « L’américanisation du droit constitutionnel : préjugés et ignorance », *Archives de philosophie du droit*, n°45, 2001, p. 77 [77-87].

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Question moins simple qu'il n'y paraît au premier abord dans la mesure où, comme on le souligne, nous sommes censés « partager avec l'Amérique beaucoup de points communs : l'attachement à la forme républicaine de l'État, la défense des droits de l'homme, le caractère nécessairement démocratique du gouvernement. Sur tous ces points, nous pensons comme les Américains et les Américains pensent comme nous, en sorte qu'il serait vain de se demander si c'est nous qui nous sommes américanisés ou si c'est eux qui se sont francisés »<sup>11</sup>. Et à supposer au « modèle » américain une culture plus différente de la nôtre qu'on ne l'affirme, encore faut-il savoir à quoi il renvoie : aux institutions politiques américaines telles qu'elles existent dans la Constitution fédérale – mais que deviennent alors les constitutions des États fédérés conservant tous une identité propre ? – ou à la vie politique ou encore à la *société* ou l'entreprise américaine ? Autrement dit sont-ce les institutions politiques américaines qui influencent les institutions politiques françaises ou autre chose ? Et puis sur quelles institutions politiques ? Sont-elles toutes touchées au même niveau ou certaines le sont-elles plus que d'autres ? Quels pouvoirs au sein de quels organes et de quelles fonctions ? Le Parlement est-il autant « américanisé » que ne l'est le pouvoir dit « exécutif », c'est-à-dire le président de la République ou le Premier ministre qui font pourtant tout autre chose qu'exécuter ? Et puis qu'entend par ascendance ? : formelle (importations de certaines règles constitutionnelles américaines), informelle (source d'inspiration privilégiée qui s'incarnerait dans des pratiques politiques, des thèmes voire dans le seul vocabulaire des institutions, des organes et des acteurs), publique ou au contraire secrète (comme celle des articles du doyen Georges Vedel parus dans la revue *Preuves* publiée entre 1951 et 1974, revue qui aurait été, dit-on, financée par les services secrets américains pour assurer une présence intellectuelle favorable aux intérêts américains en France).

Ensuite, le deuxième sens, qui prolonge le premier, serait celui de la *transformation* des institutions politiques françaises sur le modèle institutionnel américain. Là aussi reste encore à savoir ce que l'on doit entendre par « transformation ». Vise-t-elle le *processus* et dans ce cas il convient d'en identifier les mécanismes ou le *résultat* et alors il faut être capable de confronter un avant à un après « américanisation ». Si c'est un processus, en quoi consiste-t-il ? Au passage d'une conception française des institutions politiques françaises à une conception américaine des mêmes institutions ? Si oui qu'est-ce qu'une conception « américaine » des institutions ? Renvoie-t-elle à un *modèle* ou à des *pratiques* ? Sont-elles seulement dissociables ? Et surtout comment se traduit-elle ? Par la volonté d'adopter formellement les règles du droit constitutionnel américain à travers une modification de la Constitution française qui adopterait

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

une répartition des compétences entre les organes ou un fonctionnement institutionnel propre à celui des États-Unis d'Amérique ou désigne-t-elle le cadre supranational au sein duquel elles s'inscrivent, en l'occurrence celui, quasi fédéral, de l'Union européenne dans lequel certains voient la « vraie » « américanisation » des institutions<sup>12</sup>. Implique-t-elle une transformation ou au contraire un simple *mimétisme* informel qui se traduirait dans des éléments affectant non le régime mais le système politique<sup>13</sup>, non les règles constitutionnelles mais la mise en œuvre de ces règles ? Une trace, une empreinte, la manière dont elles seraient *impactées* pour reprendre un mot de la parlure contemporaine à la mode justement inspiré du jargon anglo-saxon.

Et quelle époque vise-t-il ? Le XX<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup> ou les XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles ? Ce n'est pas la même chose car on sait que la Constitution américaine occupe depuis la Révolution française, entre 1789 et 1848 surtout, une place importante dans les débats constitutionnels français<sup>14</sup>. Plus largement, les États-Unis ont été un sujet d'intérêt constant pour la pensée politique et constitutionnelle française<sup>15</sup>. Comment ne pas citer ici le nom d'Alexis de Tocqueville et son ouvrage emblématique *De la démocratie en Amérique* référence obligée voire obligatoire – même si pas toujours éclairante – de tout regard français sur les institutions des États-Unis<sup>16</sup>. De même la question d'une influence américaine sur la classification des types de régime politique a-t-elle mobilisé l'attention de chercheurs à travers le rapport que la France entretenait avec le régime dit « présidentiel »<sup>17</sup>. Et puis ce processus est-il actif ou passif ?

<sup>12</sup> C'est la thèse subtile d'E. Zoller, « L'américanisation du droit constitutionnel... », art. cité, p. 81 : « Quoi qu'il en soit, si « américanisation » de notre droit constitutionnel il y a eu, c'est d'abord avec la construction européenne qu'elle a commencé. La construction européenne qui s'est mise en marche à partir des années 1950 nous a placés en vérité dans la situation des États de l'Union américaine au début du XIX<sup>e</sup> siècle telle que ceux-ci à l'époque se représentaient leur situation dans l'Union. Aucun d'entre eux ne doutait qu'il était souverain au même titre que pouvait l'être le gouvernement fédéral dans sa sphère de compétences. Dans la réalité des choses, les États de l'Union n'étaient plus tout à fait souverains, mais ils faisaient « comme si », et ils proféraient, notamment au Sud, des théories constitutionnelles qui ne sont pas loin de rappeler certaines prétentions aujourd'hui couramment répandues parmi les membres de l'Union européenne, ainsi des théories de la nullification de John C. Calhoun ».

<sup>13</sup> Selon la distinction utilisée en particulier par M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd. 2006, p. 397-398.

<sup>14</sup> Comme l'ont montré certains travaux, v. par ex. M. Lahmer, *La Constitution américaine dans le débat français. 1795-1848*, Paris, L'Harmattan, 2001, *passim*.

<sup>15</sup> V. notamment pour s'en tenir à des travaux récents, A. Laquière, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX<sup>e</sup> siècle », *Actualité Internationale de Justice Constitutionnelle*, t. XVIII, 2002, Economica et P.U. d'Aix-Marseille, 2003, pp. 29-44. ; J.-P. Machelon et C.-P. de Vergennes (dir.), *L'Europe des Lumières et la constitution américaine*, Mare et Martin, coll. « Droit public », 2018 ;

<sup>16</sup> V. à ce sujet C. Le Strat et W. Pelletier, *La canonisation libérale de Tocqueville*, Editions Sylleps, coll. « La politique au scalpel », *passim*.

<sup>17</sup> V. la thèse, déjà ancienne, d'H. Taÿ, *Le régime présidentiel et la France. Étude d'histoire des idées juridiques et politiques*, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 27, LGDJ, 1967 et celle qui aborde également la notion de R. Moulin, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 58, 1978.

*Subit-on* ou *prescrit-on* cette transformation comme d'aucuns la prètent, en particulier, à l'actuel président de la République qui aurait, après d'autres, la volonté de s'inspirer de la pratique institutionnelle américaine : « Le nouveau président de la République est bien décidé à introduire des pratiques politiques inspirées des Etats-Unis. Une petite révolution » a-t-on pu entendre au lendemain de son élection dans une émission de radio<sup>18</sup>.

Enfin, l'américanisation des institutions politiques françaises peut renvoyer à leur *soumission* aux *intérêts* américains. On voit assez bien quels peuvent être les raisons qui poussent les américains à influencer la politique intérieure et étrangère française : il n'est un secret pour personne qu'ils ne s'en privent pas via des personnalités ou réseaux d'influences plus ou moins occultes travaillant à défendre leurs intérêts. Mais quelles seraient ces « intérêts » sur le plan institutionnel ? A quoi renvoient-ils ? Au fait de se soumettre au droit produit par les institutions américaines, à le transformer sur le modèle atlantiste ou en intégrer les buts afin de d'en défendre les logiques ? Si cette démarche existe à l'évidence dans plusieurs activités d'influence des sphères politiques et économiques, ne s'agirait-il pas davantage, pour l'objet qui nous occupe, de l'introduction des processus de prise en compte des *intérêts privés* dans l'élaboration de la *décision publique* comme le théorise le lobbying, courant aux Etats-Unis et encadré depuis 1946<sup>19</sup> ? L'américanisation n'est alors que l'autre nom de l'idéologie néo-libérale, généralement associée aux Etats-Unis, c'est-à-dire « l'adaptation des institutions juridiques aux injonctions du marché »<sup>20</sup>. On sait que la loi du 9 décembre 2016 dite loi « Sapin II », poursuivant l'action engagée par les lois de 2013 relatives à la transparence de la vie publique qui avait pour la première fois dans le droit français apporté tardivement une définition des « représentants d'intérêts » (en substance les personnes ayant pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire en entrant en communication avec des responsables publics<sup>21</sup>) a finalement permis l'établissement d'une liste des personnes susceptibles d'être reconnues comme tels<sup>22</sup>, pratique courante aux Etats-Unis. Sous couvert d'encadrer le lobbying, la France l'a aussi reconnu, chose longtemps impensable dans notre conception de l'Etat<sup>23</sup>. Ce qui, vu de

---

18 « Macron ou l'américanisation de la vie politique », <https://www.franceinter.fr/emissions/histoires-politiques/histoires-politiques-10-mai-2017>.

19 <https://lobbyingdisclosure.house.gov/>.

20 Selon la définition retenue par J. Caillosse dans un précédent colloque de l'université du Havre, « La néolibéralisme, la réforme administrative et son droit », in F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 340.

21 Article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

22 Art. 18-1 de la loi.

23 V. D. Custos, « La formulation de l'intérêt public en droit administratif américain », in G. J. Guglielmi, *L'intérêt général dans les pays de commun law et de droit écrit*, Editions Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2017, p. 67-88.

France, était considéré comme profondément contraire à l'impartialité de l'Etat et à l'indépendance dans la prise de décision publique devient une pratique courante ; officielle et admise sur le modèle – même s'il n'est pas unique bien que décomplexé – américain<sup>24</sup>. Ce dernier n'est ici que l'autre nom d'une certaine conception de l'intérêt public perçu comme la somme des intérêts privés, où les vices privés font justement des vertus publiques : la logique du marché prime celle de l'Etat et entend s'approprier les choix collectifs.

Les trois sens retenus, bien que différents, se heurtent toutefois au même obstacle : les américains s'accorderaient-ils à reconnaître ce fils putatif, autrement dit accepteraient-ils de considérer que l'influence dénoncée comme « américaine » correspond bien à des « logiques » américaines. Bien différents sont les Etats-Unis vus par eux-mêmes et vus par les autres, en particulier les français. Il ne suffit pas de considérer qu'une pratique ressemble ou semble ressembler pour celui qui la voit à ce qui existe aux Etats-Unis pour qu'il en soit ainsi. D'une part parce que les français sont capables de produire eux-mêmes des curiosités voire des incongruités institutionnelles sans avoir besoin de les copier sur qui que ce soit ; d'autre part parce que les institutions américaines ne répondent pas à l'image caricaturale que les européens, en particulier les français, en ont et qu'ils fantasment, soit pour la diaboliser, soit pour l'idéaliser. Le concept d'américanisation est donc d'abord lié à des questions de *représentations de l'objet Amérique* et il convient, ici comme ailleurs, de bien distinguer *l'objet* du *discours sur l'objet*. Car comment imputer tel ou tel phénomène aux Etats-Unis quand tel ou tel phénomène tel qu'il est décrit correspond en réalité davantage aux *représentations* que la France peut se faire des Etats-Unis que ce que les Etats-Unis sont pour les américains ?

Pour terminer ces trop longs prolégomènes méthodologiques on doit remarquer que les « *institutions politiques françaises* » sont un concept à peine moins ambigu. A quoi renvoient-elles ? A l'actuelle Constitution de 1958 ou à la pratique qui en est issue à les supposer dissociables ? Au régime actuel ou à ce que l'on pourrait appeler la « tradition constitutionnelle française » ? Avoir une pratique institutionnelle qui n'est pas conforme aux textes et qui semble singer certains aspects de la vie politique américaine suffit-il pour parler d'américanisation des institutions ?

On le voit les questions sont multiples et la communication pourrait tout entière être fondée sur des distinctions de sens pour identifier l'objet *américanisation* qui, à dire vrai, est un peu tout cela à la fois et en même temps

---

<sup>24</sup> On trouve désormais sur le site internet de l'Assemblée nationale une « fiche de synthèse » sur les représentants d'intérêt ([http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-contrôle-et-l-information-des-deputés/les-représentants-d-interets#node\\_46954](http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-contrôle-et-l-information-des-deputés/les-représentants-d-interets#node_46954)) et même une liste officielle publique (<http://www.assemblee-nationale.fr/representants-interets/liste.asp>).

car le concept est utilisé sans distinction pour décrire ces phénomènes touchant aux trois sens. Difficile, donc, de faire le départ entre tous ces sens possibles qui ne doivent pas empêcher de rendre compte de ce sentiment diffus mais présent d'une influence des Etats-Unis sur les institutions politiques françaises la plupart du temps introduite par les acteurs politiques français eux-mêmes. Il nous semble qu'elle se traduit par un double phénomène : une sorte de tentation permanente de mimétisme (I) cependant toujours contrariée et empêchée de prospérer par un inévitable retour au réel : celui de la logique propre aux institutions politiques françaises (II).

## I. LA TENTATION PERMANENTE DU MIMÉTISME

Les institutions politiques françaises semblent être « américanisées » en raison du mimétisme pratiqué par la France à l'égard des États-Unis au moins à deux aspects : d'abord la volonté permanente de se comparer à eux (A) et parfois même de les imiter (B).

### A. SE COMPARER A

Cette comparaison commence, on l'a dit, avec le rôle qu'a pu jouer la Constitution américaine de 1787 dans ce que l'on pourrait appeler l'imaginaire constitutionnel français. Mais elle se manifeste aussi et surtout par la mise en valeur de catégories d'analyse qui, censées être fondées sur elles, lui sont en réalité largement étrangère. A commencer par la manière de présenter le régime politique américain à travers des catégories très françaises de « régime présidentiel » opposé au « régime parlementaire » dont le critère de distinction entre les deux serait la nature de la séparation des pouvoirs : « rigide » pour le premier, « souple » pour le second, le passage de l'un à l'autre se faisant par le constat de la présence d'un système de responsabilité politique de l'exécutif devant le Parlement, entorse réelle mais tolérée à la séparation des pouvoirs. Il est à peine besoin de souligner l'artificialité voire l'inanité d'une telle construction à l'aune de la pensée de Montesquieu à laquelle elle est pourtant imputée. Dans le chapitre VI du Livre XI de *De l'esprit des lois* dans lequel il décrit la constitution d'Angleterre, la « séparation des pouvoirs » n'est justement pas une « séparation » : elle n'est jamais, selon lui qui ne fait référence ni à des organes spécialisés ni à des organes indépendants, qu'un *équilibre* des pouvoirs passant tout au contraire par une fusion de ces derniers afin justement que par interaction ils se fassent équilibre. Il ne saurait dès lors exister de séparation plus ou moins « souple » des pouvoirs allant jusqu'à la « rigidité » comme on l'utilise pour décrire la situation américaine puisque, précisément, la séparation des pouvoirs n'est pas une « séparation » au sens que le langage commun peut

donner à ce terme. Comme le souligne, en spécialiste, E. Zoller, « contrairement à l'idée communément reçue en France, la conception américaine de la séparation des pouvoirs n'a rien de « rigide ». Cet adjectif, véritable lieu commun de la doctrine constitutionnelle française, prête à confusion et il est même la source d'inexactitudes dans la mesure où, dans la Constitution fédérale, les organes ne sont pas spécialisées dans leur fonctions au point de ne pouvoir en sortir »<sup>25</sup>. On sait, en particulier, que le président de l'Union peut user d'un droit de *veto* sur tout ou partie des lois votées par le Congrès illustrant sa participation active au processus législatif qui n'est pas limité au fait de demander une nouvelle délibération de la loi comme pour le président de la République française sur le fondement du second alinéa de l'article 10 de la Constitution de 1958, même si la doctrine en rend généralement compte comme une simple « faculté d'empêcher ». On comprend pourquoi l'idée d'une séparation prétendument « stricte » des « pouvoirs » évoquée dans une généralité ne distinguant pas entre les organes et les fonctions, est fortement contestable et d'ailleurs contestée<sup>26</sup>.

Le truisme de la rigidité ou la souplesse est, en outre, une invention récente dont il conviendrait de retracer l'histoire, car le concept n'est pas présent dans la doctrine constitutionnelle française classique, chez Esmein par exemple qui constatait déjà que « la pratique [avait] finalement établi un contact plus intime et un trait d'union entre les deux pouvoirs »<sup>27</sup>. Ce n'est que plus tard que l'on

---

<sup>25</sup> *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998, p. 289. L'auteur ajoute : « Il y a en effet dans la Constitution fédérale, d'une part, l'idée d'une distribution des fonctions de l'Etat entre organes indépendants (la puissance législative est entre les mains du Congrès, la puissance exécutive entre les mains du Président et la puissance de juger entre celles du pouvoir judiciaire fédéral) et, d'autre part, l'idée d'un contrôle réciproque et d'un équilibre entre les pouvoirs qui est bien rendue par l'expression « freins et contrepoids » mais qui, dans le droit fil des analyses de Montesquieu qui considérait la puissance de juger « en quelque façon nulle » - ne jour dans la Constitution fédérale qu'entre le législatif et l'exécutif », *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>26</sup> « Si les organes législatifs sont dans l'incapacité d'attirer à eux la fonction exécutive, de se l'attribuer par une loi au service de leurs intérêts, - le dirigeant de l'Etat a la possibilité de repousser l'assaut, écrit de son côté L. Jaume, ils ne peuvent pas plus cumuler la totalité de la fonction législative : c'est le sens du veto chez le monarque anglais ou chez le président des Etats Unis, devenant par ce biais des co-législateurs ; le souci du partage des fonctions peut aller jusqu'à la coopération du législatif à certains actes du pouvoir exécutif, comme c'est le cas pour le Congrès en Amérique (nomination à certains postes, autorisation à conclure des traités, etc.). Dans cette vision des choses, la « séparation des pouvoirs » signifie non pas la séparation entre législatif, exécutif et judiciaire, mais une participation à la fonction législative qui se trouve distribuée entre l'organe exécutif et l'organe législatif : il n'y a pas menace de despotisme dès lors qu'aucun organe n'est à même de monopoliser l'acte de production de la loi. La séparation des pouvoirs, c'est tantôt la coopération, tantôt la négociation, tantôt le conflit entre des entités qui, prises en elles-mêmes, n'ont qu'une fraction de la puissance de légiférer », à propos du livre de M. Lahmer, *La Constitution américaine dans le débat français : 1795-1848*, L'Harmattan, 2001, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 3, 2002. <http://hc.rediris.es/03/index.html>. Pour une analyse juridique détaillée du concept de séparation des pouvoirs, v. M. Troper, v° « Séparation des pouvoirs » in S. Rials et P. Raynaud (dir.), *Dictionnaire de Philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 708-714.

<sup>27</sup> *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1903, p. 327. Le même Esmein se contentait de parler de « gouvernement présidentiel » dans une modeste entrée par rapport à celle consacrée

prêtera à la Constitution française du 4 novembre 1848 – comme à celle du 3 septembre 1791 du reste – d’avoir instauré un « régime présidentiel » fort du fait qu’il n’y avait pas de responsabilité de l’exécutif, du roi dès 1791 – devant le Parlement alors même qu’existaient dans les deux cas des interactions entre les pouvoirs. Mais la logique des *checks and balances*, telle qu’elle est appliquée aux États-Unis, est justement ce que refuse la majorité des Constituants de 1848 même s’il existait à l’époque une « école américaine » auto-proclamée, représentée notamment par Tocqueville, Beaumont et Duverger de Hauranne<sup>28</sup>. Or, jamais les États-Unis ne se sont présentés comme un système de « séparation stricte » ou « rigide » des pouvoirs à travers cette catégorie stylisée de « régime présidentiel » (on y parle plutôt de « Gouvernement présidentiel ») créée sur le fondement de ce critère douteux par opposition au « régime parlementaire », binôme aussi artificiel qu’il est diffusé par la doctrine et dont les appellations varient très nettement dès que l’on sort de cette notion cadre qui continue d’être utilisée en même temps qu’elle est contestée<sup>29</sup>. Elle fera néanmoins largement florès dans la doxa constitutionnelle au point de servir de base à des avatars comme celui, célèbre, créé par M. Duverger pour désigner les institutions de la V<sup>e</sup> République, de régime « semi-présidentiel » censé caractériser les régimes dans lequel il y a avait responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement et une élection de l’exécutif au suffrage universel « direct » dont les États-Unis sont censés constituer le modèle et que Duverger entendra également appliquer à la France afin de rendre compte de l’étrangeté de la V<sup>e</sup> République au regard des modèles existants considérés comme des essences<sup>30</sup>. L’analyse était un peu rapide et la comparaison faussée car justement le président des États-Unis n’est pas en droit élu directement par les électeurs mais par les législatures des États.

Derrière ses catégories douteuses, se profile une idée : la France devrait se comparer voire s’inspirer du modèle américain et que notre régime, celui de la V<sup>e</sup> République, serait d’ailleurs un régime américain qui ne serait pas allé jusqu’au bout de sa logique présidentielle. Renversement de perspective notable car au début du XX<sup>e</sup> siècle c’était l’inverse : le gouvernement présidentiel était

---

au « gouvernement parlementaire », *ibid.*, p. 897. Même chose pour M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 752.

<sup>28</sup> Comme le souligne à nouveau L. Jaume, *op. cit.*, p. 1.

<sup>29</sup> « Il résulte de la définition qui a été donnée de ce type de système constitutionnel qu’il pourrait être plus exactement qualifié par l’expression de régime congressionnel-présidentiel », écrit par ex. P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Classiques », 2004, p. 291.

<sup>30</sup> « Par régime semi-présidentiel, écrit M. Duverger, on désigne les institutions d’une démocratie d’Occident qui réunissent deux éléments suivants : 1° un président de la République élu au suffrage universel et doté de notables pouvoirs propres ; 2° un Premier ministre et un gouvernement responsables devant les députés », « Le concept de régime semi-présidentiel », in *Les régimes semi-présidentiels*, (dir. M. Duverger), PUF, 1986, p. 7 [7-17].

réputé devoir gagner en devenant parlementaire<sup>31</sup>. Il devrait donc à se calquer sur les institutions américaines pour finir sa mue et se révéler à lui-même : il conviendrait, pour la lui faire terminer, en particulier de supprimer la fonction de Premier ministre pour que le président de la République, gouvernant de fait en raison de son élection au suffrage universel sur un programme, le soit officiellement. Il conviendrait aussi, dès lors, de rompre avec le principe du parlementarisme et sa responsabilité collégiale du gouvernement devant l'Assemblée nationale pour aller vers une seule responsabilité individuelle des membres du gouvernement devant le chef de l'État, ce qu'elle est, là encore, déjà de fait. Le doyen Vedel ne sera pas pour rien dans la diffusion de cette idée<sup>32</sup>.

Ces comparaisons douteuses et faussées avec les institutions politiques américaines n'empêchent pas certains de vouloir « faire comme » les États-Unis et de voir dans les institutions politiques américaines – ou du moins dans ce qu'ils veulent ou peuvent en comprendre – des sources d'inspiration et inversement de voir dans certaines pratiques françaises des équivalents fonctionnels des États-Unis d'Amérique.

## B. « FAIRE COMME »

Ce « faire comme », là encore, est double. Il considère d'abord que les États-Unis sont un modèle. De là l'injonction de faire comme les États-Unis qui seraient le parangon de la modernité pour une France vue comme en perte de vitesse dans un monde où l'influence se juge à l'aune de la puissance économique et non de la civilisation : « Le renversement des évidences sur la valeur de l'adjectif « français » traduit donc un renversement plus fondamental : les français se jugent selon les critères des autres, qu'ils reçoivent et n'élaborent pas. Les élites ne sont-elles pas fascinées par un style de vie, des valeurs, des enjeux dont le centre créateur est désormais situé outre-Atlantique. Envisagent-elles un autre idéal que celui d'américain de seconde zone (...) Tout ce qui est français pose désormais un problème de légitimité : n'est-ce pas un archaïsme ?

---

<sup>31</sup> V. à nouv. A. Esmein, *Éléments...*, *op. cit.*, p. 329 : « Aussi des esprits sérieux demandent-ils aux États-Unis la réforme du système : sans proposer l'introduction du régime parlementaire, on a songé à donner aux ministres l'entrée et la parole au Congrès, et même le droit d'initiative en matière de lois ».

<sup>32</sup> G. Vedel, « Vers le régime présidentiel ? », *Revue française de science politique*, 1964, p. 20-32 où il écrivait : « Le régime présidentiel donnerait à la France, sans exiger de ses citoyens une mutation peu probable en électeurs anglais, les chances de réaliser ces traits essentiels d'une démocratie moderne que, selon les possibilités de chaque pays, l'on retrouve dans les divers régimes ayant réussi : le choix direct du chef de l'exécutif et de son équipe par les processus cumulatifs de la sélection au sein des groupements politiques et de la désignation au suffrage universel ; la synthèse dans l'opération électorale de la désignation des gouvernants et du choix – dans ses très grandes lignes – d'une politique ; la mutation de la notion de responsabilité politique, qui ne désigne plus la sanction du dialogue entre un exécutif et un législatif, mais celle du jugement porté par la nation sur le groupement politique qui a gouverné et légiféré pendant quelques années, avec la possibilité de trouver dans l'opposition une solution de rechange », p. 22.

Injustifiables au point de vue de l'universel et condamnées par l'histoire, ces survivances ne doivent-elles pas être récusées aussi bien en droit qu'en fait ? Le diagnostic glisse aisément au pronostic : ce qui est catalogué comme « exception française » est promis à une rapide, et légitime, éradication », écrit J.-M. Denquin<sup>33</sup>. De fait après avoir été un modèle pour le monde pendant des siècles, notamment pour ses institutions, la France serait devenue une *exception* qu'il conviendrait d'*adapter* aux nécessités du temps qui seraient en réalité celles d'un *lieu* : les États-Unis, sorte d'essence de la modernité. Il prescrit, ensuite, un mimétisme de la pratique institutionnelle américaine. Le « faire comme », en premier lieu, se repère à l'idée courante qu'il conviendrait d'imiter les institutions américaines. Où pourrait-on voir la trace de cette volonté ? Dans de multiples domaines que l'on ne peut, à dire vrai, qu'énumérer ici en ce qu'elles sont réputées porter la trace d'une influence américaine ou d'une volonté de s'inspirer de leurs institutions :

- le poids prépondérant de l'élection au suffrage universel du président de la République sur un programme de gouvernement accompagnant l'idée que c'est de son élection que le président tiendrait ses pouvoirs et sa « légitimité démocratique » et qu'elle serait le moment clé de la vie politique et qui fait de ce dernier le porte-parole du souverain voire le souverain, celui autour de quoi tourne toute la vie politique et institutionnelle ;

- le système de prépondérance présidentielle – également appelé présidentielisme – qui, tout en se distinguant du « régime présidentiel »<sup>34</sup> fait implicitement référence à l'imaginaire institutionnel des États-Unis où le président est censé être la figure centrale et omnipotente des institutions ;

- la volonté longtemps exprimée d'aller vers un système bi-partisan dont il conviendrait de se rapprocher sur le modèle américain (adoption d'un taux de 12, 5% des inscrits pour les élections au scrutin uninominal majoritaire à deux tours pour pouvoir figurer au second) tel qu'il est censé être pratiqué aux États-Unis qui est réputé rendre plus lisibles et plus clairs les choix politique autour d'un clivage simple et efficace ;

- le rôle primordial désormais donné en France au Conseil constitutionnel vu, sur le modèle de la Cour suprême des États-Unis, comme l'arbitre sans péché des conflits politiques et le « gardien » de la Constitution et des « droits fondamentaux » ;

- la possibilité pour le président de la République « d'informer la nation » en s'exprimant devant le Parlement réuni en Congrès depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 en application de l'article 18 aliéna 2 et 3 de

---

<sup>33</sup> *La monarchie aléatoire*, PUF, coll. « Béhémoth », 2001, p. 14.

<sup>34</sup> C'est pourquoi il est souvent fait usage de cette formule baroque de « vrai régime présidentiel » comme futur désirable ou non à l'exemple d'E. Balladur, constitutionnaliste d'occasion toujours prêt à apporter son expertise, v. « Edouard Balladur : non à la VI<sup>e</sup> République », *Le Figaro* 9.2.2015.

la Constitution<sup>35</sup>, sorte d'équivalent fonctionnel du discours sur l'État de l'Union prononcé chaque année par le président des États-Unis d'Amérique<sup>36</sup>. C'est d'ailleurs en application d'une des propositions de son programme présidentiel (« *La présentation, par le président de la République, de son bilan national et européen une fois par an devant le Congrès* ») que l'actuel président de la République, M. Macron, s'exprime chaque année au début du mois de juillet.

- le nom des partis politiques : le parti « UMP » (« Union pour un mouvement populaire ») créé en 2002 en vue de réunir tous les partis de « droite » afin de pouvoir se présenter uni contre le principal parti de « gauche », le Parti socialiste dans une entreprise avouée de bipolarisation de la vie politique française, devenu « Les Républicains » pendant que le Parti socialiste faisait du « *Care* » un slogan et poursuivait sa mue progressiste en syndicat de défense des minorités et de promotion du libéralisme sociétal sur l'exemple du parti démocrate aux États-Unis ;

- le marketing politique des campagnes électorales inspiré des campagnes présidentielles américaines, en particulier celles de Barack Obama – la chose étant réputée moins valable pour le président Trump –, réputée singulièrement marquante par le recours aux réseaux sociaux et dont il est de bon ton dire vouloir s'inspirer qui avait commencé par le maniement des pancartes en papier à l'occasion des meetings (« Sarkozy 2007 », « Hollande 2012 », « Marine 2017 »...); le rythme électoral plus bref depuis l'adoption, en 2000, du quinquennat présidentiel, tendant à scander le rythme des campagnes sur l'élection présidentielle qui revient une fois tous les quatre ans ; l'influence prend parfois des allures encore plus caricaturales même si *a priori* anecdotiques. Dans la gestuelle par exemple : n'a-t-on pas vu un président de la République le jour

---

<sup>35</sup> « *Le Président de la République communique avec les deux assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat. Il peut prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès. Sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote.* ». Introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il reprend les recommandations du rapport *Pour une Ve République plus démocratique* produit par le comité présidé par Edouard Balladur qui fera de cette possibilité sa proposition n°5 même si les institutions américaines ne sont pas mentionnées : « *Il est apparu au Comité que le droit reconnu au Président de s'exprimer directement devant le Parlement devait s'appliquer indistinctement dans l'une ou l'autre des deux assemblées, qu'il ne pouvait déboucher sur aucune forme de mise en cause de sa responsabilité politique mais que, pour cette raison même, rien ne devait faire obstacle à ce que l'intervention du Président de la République pût donner lieu à un débat dès lors que celui-ci n'est suivi d'aucun vote. Aussi est-il proposé de modifier l'article 18 de la Constitution en conséquence de ce qui précède (Proposition n° 5).* »

<sup>36</sup> V. la Section 3 de l'article 2 de la Constitution du 17 septembre 1787 : « *Le président informera périodiquement le Congrès de l'état de l'Union, et recommandera à son attention telles mesures qu'il estimera nécessaires et expédientes. Il pourra, dans des circonstances extraordinaires, convoquer l'une ou l'autre des chambres ou les deux à la fois, et en cas de désaccord entre elles sur la date de leur ajournement, il pourra les ajourner à tel moment qu'il jugera convenable. Il recevra les ambassadeurs et autres ministres publics. Il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées, et commissionnera tous les fonctionnaires des États-Unis.* »

de son élection entonner *La Marseillaise* la main sur le cœur sur le modèle de la gestuelle patriotique fédérale américaine, lequel président a récemment lancé la démonstrative pratique de la promulgation publique des lois et de la signature des décrets et ordonnances qu'il juge importants dans un bureau du Palais de l'Élysée devant appareils photos et caméras ainsi que peut le faire le président de l'Union américaine. Et que dire du rôle de « première dame » (sic) dévolu aux épouses ou compagnes des présidents de la République, lequel a été l'objet, sous ce label, d'une mention officielle sur le site internet du palais de l'Élysée sous les présidences Sarkozy et Hollande du temps où le premier était marié à sa (troisième) femme et où le second n'avait pas encore emprunté un scooter pour des embardées (nocturnes mais dûment casquées) semble-t-il inspirées des « *First Lady* » et que d'aucun, jamais en mal créativité institutionnelle, voudrait constitutionnaliser<sup>37</sup>. On doit pour l'instant se contenter d'une « charte de transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État »<sup>38</sup> à laquelle on accède via la page internet de présentation de l'actuelle femme du chef de l'État<sup>39</sup>. Qu'on se rassure (ou se désole) c'est désormais dans la récente « Boutique de l'Élysée »<sup>40</sup>, site de vente en ligne sur la page de l'Élysée commercialisant vêtements, objets et gadgets sur le thème de la présidence de la République, que l'on trouve des objets ciglés du vocable « Première dame »<sup>41</sup> censés rendre hommage à son rôle d'après les plans de communication politiques rebaptisés, en référence à ce qui se fait aux États-Unis, « *story telling* ».

S'américaniser pour les institutions politiques françaises reviendrait alors davantage à singer qu'à « ressembler à » ou « s'inspirer de » car l'injonction de « faire comme » suppose de voir dans nos organes constitutionnels des équivalents fonctionnels des organes américains et donc la croyance du « comme faire » : adopter certaines procédures, méthodes ou organes, serait *comme faire* ce que font les américains ou en tout cas ce qui, vu d'Europe, existe aux États-Unis. Ainsi, le droit de message du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès chaque année désormais – même si l'article 18 aliéna 2 et 3 de la Constitution française ne prévoit pas de période ou de récurrence – est le plus souvent présenté par les médias comme s'inspirant du « Discours sur l'état de l'Union » prononcé par le président devant le Congrès

<sup>37</sup> On notera que si l'expression « première dame » a disparu du site de la présidence de la République, une page est bien consacrée à la femme du chef de l'Etat, v. <https://www.elysee.fr/brigitte-macron>

<sup>38</sup> <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/08/21/charte-de-transparence-relative-au-statut-du-conjoint-du-chef-de-letat>.

<sup>39</sup> <https://www.elysee.fr/brigitte-macron>.

<sup>40</sup> <https://boutique.elysee.fr/>. En l'occurrence un cabas à commissions. On peut lire en légende : « Vous avez toujours rêvé de devenir « Président » ou « Première Dame » ? Pas besoin de faire campagne, grâce à Le Slip Français et la Présidence de la République vous porterez sur vos épaules non pas le poids de la fonction mais la fierté d'être Français(e). ».

<sup>41</sup> <https://boutique.elysee.fr/mode/363-grand-sac-cabas-premiere-dame-slip-francais.html>.

des États-Unis<sup>42</sup> malgré les grandes différences existant entre les deux prérogatives qui n'ont ni la même fonction ni la même portée : le premier est relatif au caractère fédéral de l'État et les développements que le président américain est conduit à faire sur sa politique sont justifiés par le lien avec cette forme d'organisation toujours préoccupé par la conservation de son unité<sup>43</sup> ; le second a été pensé pour tirer une partie des conséquences, mais sans les dire ni les assumer vraiment, du présidentielisme majoritaire, c'est-à-dire d'un président gouvernant sur le fondement d'un programme censé avoir été ratifié lors d'une élection au suffrage universel, alors qu'il n'est réputé être, d'après la Constitution, qu'un arbitre non titulaire de la fonction gouvernementale et donner le sentiment qu'il vient s'en expliquer devant une « représentation nationale » qu'il prétend concurrencer en partie du fait de son élection. Comment, enfin, ne pas évoquer la tentative de transposition des élections primaires à certains grands partis politiques pour la désignation de leur candidat à l'élection du chef de l'État qui a abouti à l'exclusion des deux candidats choisis par ces partis du second tour de l'élection en mai 2017<sup>44</sup>.

On notera qu'il convient toujours de d'introduire ces adaptations « à la française » selon l'expression, naïve et triviale, désormais consacrée laquelle semble suggérer que les « transplanteurs » ne peuvent penser qu'à travers des concepts importés mais ressentent confusément le besoin de les adapter à la France, manière de suggérer qu'elles leurs sont étrangères mais qu'elles ne peuvent y échapper. De là le sentiment de ridicule qui saisit quand les français singent les américains car l'on sent confusément que quelque chose ne colle pas ni au niveau de nos institutions, ni au niveau de nos mœurs ou de notre histoire car la greffe est étrangère à leur structure. Un phénomène plaqué artificiellement comme l'a été la procédure des élections primaires au sein des deux partis encore jugés comme « principaux » au moment où ils l'adoptaient, que cette procédure a achevé de tuer et de ridiculiser : le bipartisme américain, aussi particulier soit-il, est plus structurant que le multipartisme français, éruptif et changeant.

Autant d'approximations et dysmétrie ne laissent guère de doute sur le fait qu'aussi présent qu'il soit dans l'imaginaire français, le modèle américain n'a jamais pu et ne peut être transposé à la France. La réalité (au sens des représentations) américaine se heurte au réel français.

---

<sup>42</sup> Comme le note M. Afroukh, « La portée du nouveau droit de message à la lumière de la déclaration du Président de la République au Congrès du 22 juin 2009 », *RFDC* 2011, n°87, p. 12 [p. 1-23].

<sup>43</sup> On lira les pages très claires de P. Lauvaux au sujet de l'idée fédérales et des résistances à l'élargissement des compétences fédérales ds *Les grandes démocraties contemporaines, op. cit.*, p. 266-291.

<sup>44</sup> V. à ce sujet J.-M. Denquin récemment, v. « Le mythe des primaires », 6 février 2017, <http://blog.juspoliticum.com/2017/02/06/le-mythe-des-primaires/>.

## II. L'INEVITABLE RETOUR AU REEL

Si l'on regarde de près le fonctionnement des institutions politiques américaines, elles ne correspondent pas à l'image déformée que l'on peut en avoir – en particulier les médias qui contribuent à construire la réalité – en France. Pour au moins deux raisons. La première est que la transposition est faussée (A) ; la seconde que le mimétisme est sélectif (B).

### A. UNE TRANSPOSITION FAUSSEE

La transposition des pratiques institutionnelles américaines aux institutions françaises est fautive car le mimétisme est faussé. Il repose moins en effet sur une vision *américaine* des institutions américaines qu'une vision *française* des institutions américaines. « La plupart des gens connaissent mal leur propre régime, et quasiment pas ceux des autres », observe à nouveau J.-M. Denquin. En outre il est plus facile de comparer des éléments un à un que des systèmes : les différences ponctuelles sont donc perçues, mais cette perception n'empêche pas la croyance naïve que tout ce qui n'est pas directement observé demeure égal par ailleurs. On sait qu'il convient de dire « Votre honneur » au président d'un tribunal américain, mais on croit que le président des États-Unis entretient avec le Congrès des rapports de type parlementaire, si bien que les régimes étrangers sont finalement imaginés comme peu différents du régime français, lui-même produit de la nature des choses<sup>45</sup>. Ce que l'on pourrait appeler l'identité constitutionnelle des deux États n'est tout simplement pas la même malgré les points communs liés à la pratique du gouvernement représentatif. Ce ne sont ni les mêmes concepts, ni la même structure, ce qui empêche toute transposition pertinente. A l'examen, quatre différences notables empêchent une transposition et donc tout parallèle entre les deux systèmes.

D'abord la plus importante et celle qui commande toutes les autres : la forme de l'État et ce qu'elle révèle des conceptions de la souveraineté, pleine et unitaire pour la France, limitée voire fractionnée pour les États-Unis<sup>46</sup>. L'État fédéral, clé de compréhension du fonctionnement des institutions américaines dans leur structure comme dans leur esprit s'oppose à l'État unitaire français : « La conception américaine de la séparation des pouvoirs explique très largement pourquoi il n'y a pas, et il ne peut y avoir, un « État » aux États-Unis, tout au moins au sens où ce terme est conçu en Europe, notamment en France, c'est-à-dire une force efficiente, en charge d'un programme de gouvernement, une « puissance publique » qui se charge d'emmener la société vers un but commun,

---

<sup>45</sup> *La monarchie aléatoire*, op. cit., p. 16-17.

<sup>46</sup> Sur cette question, v. à nouv. E. Zoller, « L'américanisation du droit constitutionnel », art. cité, p. 79.

explique E. Zoller. La conception américaine de la séparation des pouvoirs exclut qu'il puisse y avoir un gouvernement « fort » qui donne à chaque organe « la possibilité d'assumer chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de ses attributions » comme le prescrivait la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui habilitait le gouvernement du général de Gaulle à rédiger une nouvelle constitution »<sup>47</sup>. Ensuite la forme du régime politique : ce que l'on nomme la « démocratie américaine » n'est, en réalité, au niveau fédéral en tout cas, qu'un gouvernement représentatif. Il s'agit là d'un point commun majeur avec la France. Mais il s'en distingue par son absence de tradition du gouvernement parlementaire qui, même paralysé en France depuis plus de cinquante ans, explique en grande partie ses positions institutionnelles.

De même, la place d'autorité judiciaire n'est évidemment pas la même. Une des raisons de « la place puissante et respectée de la justice aux États-Unis » tient, écrit encore E. Zoller, « à son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, ce qu'on appelle le pouvoir de *judicial review*. Le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois est nécessairement lié au fédéralisme, mais seulement et uniquement dans la dimension verticale, c'est-à-dire pour faire en sorte que les États ne prennent pas des lois contraires à la constitution fédérale »<sup>48</sup>. Voilà qui est bien étranger à notre contrôle de conformité des lois à la Constitution, *a posteriori* depuis 2010 seulement et sans aucune dimension de *judicial review* contrairement à ce qui caractérise les États-Unis<sup>49</sup>. Surtout, la Cour suprême trouvait sa raison d'être dans l'édifice institutionnel des États-Unis depuis le début, c'est-à-dire par la Constitution fédérale de 1787, en raison de la forme fédérale de l'État et de l'unité du droit qu'il fallait assurer entre les États fédérés pour les domaines qui en relevaient, cause qui n'existe pas pour le contrôle français, étranger à l'édifice institutionnel reposant sur un concept de souveraineté absolue et unitaire de la nation ou du peuple exprimée par la loi longtemps dotée d'une dimension quasi sacrée en tant qu'expression de la volonté du souverain. Ce n'est que très progressivement, et pour des raisons tenant à la volonté de limiter la puissance de l'organe parlementaire, que se développera le contrôle de constitutionnalité des lois en France d'abord en réalité conçu comme un des instruments de rationalisation du parlementarisme, fût-il extérieur au Parlement. La Cour suprême des États-Unis, au contraire, est

---

<sup>47</sup> E. Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 164.

<sup>48</sup> *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>49</sup> « Le pouvoir de *judicial review* reconnu à tous les juges américains n'a guère d'équivalent à l'étranger, écrit E. Zoller. Lorsque certains États européens, au début du XX<sup>e</sup> siècle, puis après la seconde guerre mondiale, se sont résolus à introduire un contrôle de constitutionnalité dans leur système juridique, ils n'ont pas toujours, et même assez rarement, repris les procédures américaines. Ils ont suivi une voie qui leur est propre et qui a été largement inspirée par les idées de Kelsen. Cette voie a consisté à confier à une seule juridiction, une Cour constitutionnelle spécialement créée à cet effet et disposant d'un monopole dans l'interprétation constitutionnelle », *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 98-99.

l'archétypique de la juridiction constitutionnelle d'une structure fédérale. Elle a été avant tout conçue depuis l'origine comme « une garantie juridictionnelle qui consiste à confier à une cour constitutionnelle le soin d'interpréter les dispositions constitutionnelles relatives à la division du pouvoir législatif entre l'État fédéral et les États fédérés. La Cour suprême des États-Unis a joué un rôle essentiel pour maintenir le pouvoir législatif de l'Union dans ses limites constitutionnelles »<sup>50</sup>. Le « modèle français » de contrôle de constitutionnalité est d'abord une greffe artificielle sans nécessité d'architecture institutionnelle de l'État puisque dépourvue de forme fédérale. Il en est en outre une forme beaucoup moins aboutie si l'on considère le système américain comme un exemple : principalement abstrait (la question prioritaire de constitutionnalité ne pouvant porter que sur des « droits et libertés que la Constitution garantit »), il est marqué par une culture centralisatrice et autoritaire calquée sur celle du Conseil d'État ou l'*imperatoria brevitatis* à l'œuvre dans ses décisions est une sorte de fin en soi, un art, parfois rendu au détriment d'une motivation claire, construite et argumentée dont la récente suppression de la rédaction par « considérant » est censée tenir lieu<sup>51</sup>. Son utilité a donc été inventée de toute pièce au fil de l'eau afin de lui créer un rôle dans un système institutionnel qui ne l'avait pas pensé et s'en passait volontiers. Cette artificialité se ressent dans son influence, à la fois considérable par le poids qu'elle pèse sur la doctrine et relativement faible par son apport aux concepts du droit constitutionnel.

Enfin, le « système » des partis politiques est différent en France et aux États-Unis. Censé se caractériser par le bipartisme en opposant une « droite » et une « gauche » il ne correspond que de manière très éloignée à cette présentation simpliste. D'abord parce que si le bipartisme est prononcé, il est moins rigide qu'on ne le dit selon le niveau où il est pris : État fédéral ou États fédérés selon la période. Ce que l'on pourrait appeler des « tiers partis » participent régulièrement au débat électoral y compris au niveau fédéral (comme en 1992 et

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 369. La même écrit encore : « L'existence de la Cour suprême aux États-Unis est, en effet, indissociable de leur structure fédérale, et la puissance de cette institution s'explique principalement parce que les États-Unis sont un État fédéral. Contrairement à ce que l'on se plaît à imaginer, le contrôle de constitutionnalité des lois du Congrès n'occupe qu'une part marginale de l'activité de la Cour suprême. De plus, même quand il est mis en œuvre, ce contrôle est très souvent en relation directe avec la structure fédérale de l'Union parce qu'il est généralement fondé sur les compétences limitées du gouvernement fédéral. L'essentiel du travail de la Cour suprême consiste à faire deux choses : 1) assurer la soumission des constitutions, lois et règlements des cinquante États de l'Union à la Constitution, aux lois et traités des États-Unis ; 2) assurer une interprétation uniforme des lois fédérales par les juridictions fédérales et d'États. Il est clair que notre Conseil constitutionnel ne fait ni l'un, ni l'autre. », in « L'américanisation du droit constitutionnel », art. cité, p. 85. V. aussi, de la même, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°4, p. 231-251

<sup>51</sup> Pour une analyse globale, v. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, vol. IV, 2012, p. 13-50.

1996 avec la candidature de Ross Perot) et s'imposent comme des acteurs importants de la compétition politique ; surtout parce que les partis Démocrates et Républicains ne correspondent nullement à notre « gauche » et à notre « droite ». Historiquement formés sur le rapport qu'il convenait d'avoir à l'idée et à l'organisation fédérale et donc à la plus ou moins grande marge de liberté reconnue aux États fédérés, ils se sont construits et développés localement sur ces critères au point d'avoir dans certains États une sorte de système de quasi parti unique comme l'a longtemps été le parti démocrate dans les États du sud des États-Unis les tendances n'existaient qu'en son sein. Démocrates et Républicains sont assez sensiblement différents d'un État à un autre, les deux partis ne trouvant une cohérence qu'au moment des élections, en particulier lors de l'élection du président de l'Union où il est nécessaire de reconstituer une unité politique qui passe par l'élection à travers les *Democratic National Committee* et *Republican National Committee*. Surtout, ils ne correspondent guère à notre clivage droite/gauche puisque à supposer qu'une gauche « socialiste » existe aux États-Unis, la frontière entre « progressistes » et « conservateurs » – car tel est le clivage – passe à l'intérieur même des partis démocrate et républicain qui connaissent ainsi chacun, en quelque sorte, non seulement leur « droite » et leur « gauche » mais tout un nuancier idéologique<sup>52</sup>. Certes, la tendance de ces dernières décennies a été une radicalisation des antagonismes, le parti démocrate devenant plus nettement progressiste que conservateur et inversement pour le parti républicain même si la notion de « conservateur », renvoie, s'agissant du *Grand Old Party* à de multiples hypothèses désormais. Mais il continue d'exister des républicains progressistes et des démocrates s'assumant conservateurs (par exemple ceux de la « *New Democrat coalition* » ou la « *Blue dog coalition* ») lesquels peuvent jouer un rôle clé dans les négociations parlementaires. Le système de sélection des candidats dans certains partis politiques pour la désignation de leur candidat à l'élection présidentielle en France n'est dès lors qu'une sorte de mimétisme plaqué sur une situation très différente en raison de la dysmétrie des deux systèmes. L'élection du président américain a pour effet d'unifier les partis au niveau fédéral et non pour donner l'illusion d'une participation populaire à une élection devenue centrale mais privatisée par les partis politiques discréditée dans l'opinion. Si l'on ajoute à cela le fait que contrairement à la France où les dépenses sont plafonnées, en Amérique les budgets des campagnes électorales sont illimités et le financement privé est la règle puisqu'il n'est pas cumulable avec le financement public auquel de fait sinon de droit les candidats renoncent on voit l'ampleur de la différence entre les deux systèmes.

---

<sup>52</sup> Pour des historiques, déjà anciens mais éclairants, de cette opposition, v. M.J.C. Vile, *Le régime des Etats-Unis*, p. 50-81, Seuil, coll. « Frontière ouverte », 1972, p. 50-81 et C. Rossiter, *Démocrates et Républicains*, Seghers, coll. « Vent d'ouest », 1965, *passim*.

Voilà de quoi relativiser le prétendu élément commun de l'élection présidentielle dans les deux pays. Ainsi, l'élection suffrage universel du président de la République française se justifierait par référence au « grand moment de démocratie » que constituerait l'élection américaine en raison de la primauté de la volonté des électeurs et du « dialogue direct » entre un homme et le peuple auquel ce dernier est dès lors réputé ne pouvoir renoncer. Peu importe qu'il n'existe pas de comparaison possible puisque les deux organes sont loin d'avoir le même rôle et encore moins la même fonction constitutionnelle puisque dans le président de l'Union américaine se confond juridiquement la fonction de chef d'État et de chef de gouvernement ce qui n'a pas d'équivalent constitutionnel en droit français ni dans les autres gouvernements parlementaires quand bien même les présidents français et américains seraient-ils tous deux « gardien » de quelque chose<sup>53</sup>. Ajoutons à cela que l'élection du président des États-Unis n'est pas une élection au suffrage universel dans la mesure où ce sont juridiquement les États qui votent sans mandat impératif pour la plupart<sup>54</sup>. Comme on l'a vu le président est élu par les législatures des États<sup>55</sup>. Mandat impératif dira-t-on en fonction du verdict du suffrage populaire? Pas juridiquement. Vingt-quatre États seulement ont des textes qui obligent les grands électeurs à suivre le vote des électeurs et à voter pour le candidat pour lequel ils ont été élus, mesure ayant été approuvée par la Cour suprême en 1952 (arrêt Ray/Blair). Les grands électeurs étant désignés par les partis ou les candidats à la présidence et ayant prêté serment, ils font, dans la plupart des cas, preuve de loyauté envers le candidat et le parti même si l'obligation qu'on présente comme absolue devient tout à coup très relative quand le président élu n'a pas l'heur de plaire aux médias : ainsi pour l'élection de D. J. Trump. Ceux qui voient d'ordinaire une obligation dans le vote des grands électeurs ont en effet considéré qu'ils n'étaient pas tenus par cette pratique habituellement présentée comme une règle intangible et invitaient les grands électeurs à ne pas suivre le vote des collègues électoraux afin d'éviter, en vain, que le candidat élu ne devienne le quarante-cinquième président des États-Unis<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> « Gardien de la Constitution » aux termes de l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 comme le président des États-Unis d'Amérique est le « gardien » de la constitution aux termes de la Constitution de 1787 : « Avant d'entrer en fonctions, le président prêtera serment ou prononcera la déclaration suivante : « Je jure (ou je déclare) solennellement que je remplirai fidèlement les fonctions de président des États-Unis et, que dans toute la mesure de mes moyens, je sauvegarderai, protégerai et défendrai la Constitution des États-Unis ».

<sup>54</sup> On notera même qu'aujourd'hui encore dans deux États au moins (Nebraska, New Hampshire) subsiste un mode d'élection des grands électeurs qui se distinguent de celui adopté par les autres États, que ces derniers demeurent libres de modifier, v. sur ce point P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, *op. cit.*, p. 311-312.

<sup>55</sup> V. notamment J. Boudon, « La désignation du président des États-Unis », *RDP* 2005, p. 1302-1336.

<sup>56</sup> <https://www.change.org/p/electoral-college-make-hillary-clinton-president-on-december-19-2017?recruiter=2580030>, pétition relayée par la presse féminine américaine, <https://www.marieclaire.com/politics/a23578/petition-electoral-college-vote-hillary-clinton-president/>.

On perçoit donc que la suppression du poste de Premier ministre pour assumer le présidentielisme majoritaire qui ne serait que l'antichambre du régime présidentiel n'aboutirait pas au régime « présidentiel » américain pour autant. Si la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement disparaissait avec celui qui se trouve à sa tête, c'est-à-dire le Premier ministre, nous n'aurions pas pour autant un régime semblable à celui des États-Unis. D'abord parce que la responsabilité politique parlementaire formalisée par la motion de censure a été supprimée de fait depuis cinquante-sept ans sans que nous parlions de régime présidentiel pour autant ; mais surtout parce que le contrepois parlementaire présent aux États-Unis n'existerait pas : le président des États-Unis est en effet loin d'être le démiurge omnipotent que les médias se représentant, sorte d'archétype de l'« hyperprésident » dont le président français ne serait qu'un avatar inachevé. Même non responsable politiquement devant lui, l'administration du président est largement surveillée par le Congrès alors que cumulant les fonctions de chef de l'État et de chef de gouvernement, le président français n'en serait que plus incontrôlable puisque guère placé sous le contrôle vigilant du Parlement comme le président américain l'est du Congrès, caractéristique du régime américain.

Un autre point vient relativiser la portée d'une influence américaine sur les institutions politiques françaises. Le fait que les Français soucieux de se placer sous ce modèle ne prennent que ce qu'ils veulent bien prendre des États-Unis ce qui rend le mimétisme très sélectif.

## B. UN MIMÉTISME SÉLECTIF

Ceux qui font vivre les institutions politiques françaises ne reprennent en effet pas tout des institutions américaines et se bornent à sélectionner ce qui les conforte dans leurs positions et dans les représentations qu'ils ont des institutions des États-Unis. « L'américanisation », à l'évidence, est sélective. Et comme toute sélection cette américanisation-là laisse de côté certains rouages majeurs des institutions politiques américaines. Le premier absent notable du mimétisme français est le référendum et la pratique dépassionnée qui existe aux États-Unis. Si le référendum n'est pas pratiqué au niveau « fédéral », il l'est largement bien que de manière différentes selon l'endroit, pratiqué dans nombre d'États fédérés<sup>57</sup>. En Californie par exemple, le plus grand des États fédérés par sa population, soit trente-neuf millions d'habitants. La législation relative au

---

57 V. Étude de législation comparée du Sénat n 274, novembre 2016, *Le référendum*, <https://www.senat.fr/notice-rapport/2016/lc274-notice.html> ainsi que les actes du colloque de la société de législation comparée sous la direction de P. Lauvaux, *Théorie et pratiques du référendum*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 17, 2012, *passim* où, hélas, la communication de G. Calvès sur la pratique référendaire aux États-Unis n'a pas été reproduite.

referendum y résulte de l'article 2 de la Constitution de l'État de Californie et du chapitre 7 du code électoral californien. La Constitution californienne reconnaît aux électeurs le droit de mettre en œuvre la procédure d'initiative populaire pour proposer une modification de la Constitution. Au niveau fédéral en novembre 2016 ce sont cent cinquante-sept mesures qui ont été soumises aux électeurs de trente-cinq États. Elles touchent des sujets très divers allant de la légalisation de la marijuana à une augmentation de taxes sur les cigarettes ou l'interdiction de l'usage des sacs en plastique. La plupart des mesures ont été soumises par les législatures des États, mais certaines d'entre elles sont des initiatives dites « populaires », c'est-à-dire qu'elles ont été proposées par des électeurs qui ont recueilli le nombre de signatures nécessaires pour pouvoir présenter leur projet aux électeurs et l'imputer ainsi au peuple de l'État.

On pourrait même dire que de ce point de vue les États-Unis sont le contraire de la France : un gouvernement représentatif qui pratique la démocratie – dès lors que l'on veut bien la voir dans le référendum – au niveau des États fédérés alors que la France se prétend une démocratie qui pratique le gouvernement représentatif et rejette, en pratique, tout usage du référendum pourtant présente à l'article 11 de sa Constitution de 1958. Le référendum y est davantage objet de discours que d'acte quand il n'est pas purement et simplement diabolisé ou que son résultat est ignoré comme après le rejet du *Traité portant constitution pour l'Europe* en 2005 finalement adopté sous un autre nom par la voie parlementaire. En France, c'est l'élection présidentielle qui est réputée valoir référendum selon la funeste théorie du « présidentielisme programmatique » : en votant pour un homme c'est sa politique qui serait souverainement ratifiée « par le peuple » au prix d'une confusion néfaste entre élection et souveraineté. Censée constituer et épuiser à elle seule toute la question de la « légitimité démocratique », elle est ensuite jetée à la face des gouvernés pour leur interdire toute consultation voire toute protestation sur la politique qui s'applique à eux puisqu'ils sont censés l'avoir approuvé, via l'élection présidentielle, fondement à l'action du pouvoir majoritaire élu pour cinq ans et irresponsable de fait pendant cette période.

Un autre point essentiel oppose la France aux États-Unis et illustre le rejet de la greffe malgré le mimétisme : la puissance du Parlement. Non seulement parce que les deux Chambres du Congrès ne peuvent être dissoutes par le président, mais surtout parce qu'il est décidé à jouer pleinement son rôle en tant qu'organe constitutionnel. Car c'est d'abord comme tel qu'il se vit avant d'être un partisan ou un opposant du président. Plus exactement, le Congrès fait primer les logiques institutionnelles sur les logiques partisans. Les membres du Congrès se vivent comme appartenant à l'institution plus qu'à un parti et conçoivent leur rôle comme la défense de cette institution en tant que telle, c'est-à-dire en tant que pouvoir législatif face au pouvoir exécutif le cas échéant, non en tant que composante d'un « pouvoir majoritaire ». Leur indépendance est

cultivée. Des membres du Congrès ne défendront pas spécialement un président de leur camp si ce dernier est considéré comme fautif. Les oppositions peuvent donc être vives mais elles les sont entre les pouvoirs autant qu'entre les tendances. C'est pourquoi les débats politiques y sont donc plus ouverts qu'au Parlement français. Les membres du Congrès ne sont tenus par aucune assignation statutaire partisane. Les majorités de forment et se déforment en fonction des sujets et les voix de certains démocrates se portent régulièrement sur des lois initiées par des républicains et inversement en raison du fait que, comme nous l'avons dit, les partis américains sont traversés par plusieurs clivages internes dont le principal est celui existant entre conservateurs et progressistes<sup>58</sup>. La discipline partisane de vote au Congrès est donc beaucoup moins forte aux États-Unis qu'en France. Les américains ne connaissent pas le « fait majoritaire » qui sévit en France depuis plus de cinquante ans et qui, sous prétexte de stabilité gouvernementale, enferme les parlementaires dans un soutien quasi aveugle au gouvernement et, à travers lui, au président de la République faussant toute possibilité de contrôle réel du Parlement sur le gouvernement. Les débats parlementaires ne sont la plupart du temps que des mises en forme techniques de décisions jouées d'avance et ailleurs, en l'occurrence à l'Élysée. Rien de tel aux États-Unis où l'art du compromis est cultivé en permanence et où les investigations parlementaires ne sont pas entièrement tributaires des clivages partisans.

Et quand il échoue l'affrontement n'est pas seulement verbal mais comporte des conséquences concrètes : le président peut faire usage d'un droit de *veto*, c'est-à-dire à s'opposer à l'adoption de toute proposition de loi voté par le Congrès ou à certaines dispositions au moins depuis 1996 que le Congrès ne peut surmonter qu'en la votant à nouveau à la majorité des deux-tiers dans chacune des Chambres. Inversement, le Parlement n'est pas à la disposition du président et peut même s'opposer à lui de manière frontale, notamment par le refus de vote des crédits des lois dites d'appropriation ou de reconduction pouvant conduire aux fameux « *shutdown* », c'est-à-dire à la fermeture et donc la paralysie des administrations fédérales ne pouvant fonctionner faute de crédits votés par le Congrès<sup>59</sup>. Nulle possibilité de faire adopter un budget par ordonnances s'il n'est pas voté à temps comme le prévoit l'article 47 alinéa 3 de la Constitution de 1958, une des dispositions les plus exemplaires de notre rationalisation du parlementarisme. La « cohabitation » comme disent les français n'est pas un accident du « régime présidentiel », elle en est une constante.

---

<sup>58</sup> Il est rare que la presse française en rende compte, v. cependant « Trump et les républicains : la cohabitation made in USA », *Les Echos* 10-11.11.2017.

<sup>59</sup> Sur ce phénomène, son histoire et ses caractéristiques, v. la monographie, la plus complète existant en langue française, de R. de Bellecize, *Le système budgétaire des Etats-Unis*, LGDJ/Lextenso éditions, coll. « Systèmes », 2015, p. 185-193. Le record est à ce jour celui du Shutdown de décembre/janvier 2018-2019 de près d'un mois (22 décembre- XX janvier).

Autant dire que les américains auraient du mal à reconnaître leurs institutions dans ce miroir déformant que sont les nôtres et finiraient rapidement par voir la proportion de la mauvaise imitation et celle de la réalité. S'il est donc possible de soutenir que les institutions politiques françaises sont trop sous influence américaine pour ce qu'elles ont de français il est aussi possible de soutenir que, d'un certain point de vue, nous ne sommes pas assez « américanisés » si l'on entend par là l'introduction de logiques institutionnelles qui sont censées faire cruellement défaut à la France par rapport aux États-Unis.

\* \*

\*

La présence de certains traits de la vie politique américaine dans les institutions françaises, empruntés consciemment ou non aux États-Unis, est de plus en plus notable si l'on se réfère à une certaine image de ce pays. Mais elle ne semble pas dépasser le stade de la transposition maladroite et inadaptée et être davantage révélatrice de la manière dont les français voient les États-Unis que de la manière dont les américains perçoivent leurs institutions. Une fois le mimétisme de la mauvaise caricature, partielle et servile, dépassé, et pour révélateur qu'il soit, l'on constate que les différences entre les deux modèles sont non seulement notables mais structurantes et semble-t-il durables car opposées dans leur conception de l'État. Doit-on s'en féliciter ? Tout est question d'appréciation. Car les États-Unis possèdent aussi de très respectables institutions, souvent beaucoup plus en phase avec les principes qu'ils prétendent défendre que les nôtres. A plusieurs égards il y aurait même lieu de s'en inspirer. A condition d'être capable faire le tri. De distinguer entre les éléments « nobles » et les « surplus *made in USA* »<sup>60</sup>. Ce qui, importé sans discernement, est transposé sans précaution et finit au mieux dans l'échec au pire dans le ridicule. Mais si cette « américanisation » ne correspond que partiellement à ce qui se passe aux États-Unis, ne serait-ce pas alors parce qu'elle est le nom d'autre chose ? Celui d'une idéologie du marché planétaire beaucoup plus large qu'une simple production de la « société » américaine même si les États-Unis la pousse parfois à son paroxysme et qu'elle voyage le plus souvent sous le pavillon de la bannière étoilée. Reste à savoir si ce modèle, quelle qu'en soit la paternité, doit s'imposer sans résistance en France. L'exemple français a-t-il pour destin inexorable de s'éteindre devant la logique pour ne pas dire les intérêts américains ? C'est l'avis de certain. Mais il est aussi permis de penser que la

---

<sup>60</sup> Pour reprendre l'expression de M. Cloucard, *Le capitalisme de la séduction*, Messidor/Éditions sociales, 1981, p. 29.

France, dans sa combinaison si particulière de singularité et d'universel, ne doit pas renoncer à offrir ses concepts au monde. Que son droit peut même avoir encore un avenir et, pourquoi pas, repartir à la conquête du monde.



# LA PRIVATISATION DE LA FORCE ARMÉE ET LE DROIT FRANÇAIS : UNE RÉSISTANCE A L'AMÉRICANISATION DU DROIT

Par  
Patrick BARBAN  
Professeur de droit privé  
à l'Université Le Havre-Normandie

L'américanisation du droit<sup>1</sup> constitue une expression par essence négative. Elle sous-entend une forme d'influence extrinsèque au système juridique français impliquant une altération néfaste d'un système juridique considéré comme parfait, sinon supérieur. Il convient d'écarter ces prémisses. Depuis Santi Romano<sup>2</sup>, l'on sait que les ordres juridiques sont hétéronomes : ils reconnaissent l'existence d'ordres concurrents et peuvent les influencer ou subir leur influence. L'ordre juridique étranger a alors la valeur de phénomène et il en est de même de toutes les normes et de tous les concepts qu'il structure. De l'interaction entre le phénomène et l'ordre juridique étudié naît une réaction qui peut aller du rejet à l'inclusion en passant par l'indifférence<sup>3</sup>. Ainsi, l'ordre juridique peut rejeter le concept comme le corps humain rejette une greffe incompatible. Il peut aussi rester indifférent, inaltéré. Enfin, l'ordre juridique peut procéder à un mécanisme d'assimilation plus ou moins abouti, variant d'une adaptation du phénomène étranger à l'adoption pure et simple, qui demeure, faut-il le préciser, bien rare. La plupart du temps, le concept exogène altèrera l'ordre juridique en cause. Il se produira alors un mécanisme de convergence des droits<sup>4</sup>. Il existe, pour

---

<sup>1</sup> Américanisation du droit qu'on peut définir, à la suite d'un auteur, comme « au premier chef et directement par une implantation [dans notre droit] de pratiques américaines » : B. Audit, « Introduction », in « L'américanisation du droit », *Arch. Phil. Droit* 45 (2001), p. 7.

<sup>2</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002.

<sup>3</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002.

<sup>4</sup> La convergence des ordres juridiques est un concept issu de la sociologie et de l'économie, utilisée désormais en droit : A. WATSON, *Legal Transplants, An approach to comparative law*, Edimburg, Scottish Academic Press, 1974. Plus récemment, un auteur a utilisé la convergence comme méthode d'observation

illustration, de nombreux domaines dans lesquels le droit français a convergé vers les droits anglo-américains<sup>5</sup>.

Pour apprécier cette convergence (ou divergence), il peut être utile d'observer la réaction du droit français au regard d'un concept américain particulièrement étranger à la tradition française : celui de sociétés militaires privées (ci-après « SMP »). L'opposition à première vue frontale entre une conception régaliennne de la force armée et une forme de marchandisation de cette même force offre un terrain d'observation particulièrement pertinent. En effet, d'un point de vue juridique, rien n'est plus éloigné de la tradition française que ces SMP. Mais, paradoxalement, tout désigne la France comme le meilleur terreau de formation des agents de ces SMP, anciens militaires faisant ensuite carrière dans ces structures, le plus souvent à l'étranger. Deux éléments s'opposent ici : les principes juridiques protégeant le monopole étatique de la force armée ; l'attraction du marché soulignant l'avantage économique qu'aurait la France à se doter d'un statut des SMP.

Il convient, avant d'entreprendre cette observation, de cerner son objet. La modification du paradigme des enjeux de sécurité dans le monde, consécutive à la fin de la guerre froide et aux politiques de diminution des budgets alloués aux forces armées, a conduit à l'essor d'entreprises privées spécialisées dans les questions sécuritaires. Que ce soit en Syrie, en Irak, en Afghanistan ou dans les eaux internationales, les États ont recours de manière exponentielle aux services de ces sociétés. En France, l'adoption de la loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014<sup>6</sup> pour permettre à des sociétés privées d'assurer la protection des navires en eaux troubles constitue l'un des premiers exemples d'une délégation de fonctions militaires à des entreprises privées.

Les sociétés militaires privées sont des organismes privés qui fournissent des prestations de service traditionnellement réservées aux armées nationales<sup>7</sup>.

---

de l'harmonisation du droit des sociétés cotées. Elle exploite deux prismes pour analyser le phénomène de convergence. Le prisme normatif permet de distinguer la convergence imposée par une autorité supranationale (à l'image des directives européennes) de la convergence spontanée, c'est-à-dire non imposée. Si le prisme n'est pas normatif, alors la convergence peut être réalisée par pression (influence active) ou par rapprochement des circonstances factuelles (influence passive). Pour plus de détails, v. R PAPADIMA, *La convergence en matière de droit applicable aux sociétés cotées de l'Union européenne*, thèse dactyl., Paris II, 2017.

<sup>5</sup> Il n'est qu'à penser à l'institution de la fiducie inspirée du *Trust*.

<sup>6</sup> Loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014, *JORF* 2 juill. 2014, p. 10890 : *DMF* 2014. 634, comm.C. Bellord ; PH. GRIMAUD, « "vigiles contre pirates" : le régime des entreprises et agents de protection privée des navires », *RFDA* 2015. 787.

<sup>7</sup> PH. CHAPLEAU, *Sociétés militaires privées – Enquête sur les soldats sans armée*, éd. Le Rocher, 2005, p. 9 ; v. égal. P. LEFORT-LAVAUZELLE, « La France et les entreprises de services de sécurité et de défense (ESSD), Entretien avec Jean-Claude Viollet », *Défense*, jan.-fév. 2014, n° 166, p. 30 : « *Les ESSD, dont les champs d'action sont variables d'une entreprise à l'autre, interviennent dans des domaines aussi variés que le soutien aux forces armées, dans le cadre d'externalisations [...], en aide aux États (conseil, formation, mise à disposition de personnels très spécialisés, etc) ou pour assurer la sécurité des biens et des personnes (navigation maritime, présence d'entreprises à l'étranger, etc).* »

Le livre blanc de la défense et de la sécurité nationale de 2008 les définit comme « *des organismes civils, privés, impliqués dans le cadre d'opérations militaires dans la fourniture d'aide, de conseil et d'appui militaire, et offrant des prestations traditionnellement assurées par des forces armées nationales* »<sup>8</sup>. Leur activité s'entend ainsi du soutien militaire, de la formation et de la projection opérationnelle dans le domaine militaire<sup>9</sup>. Il s'agit en principe d'activités accessoires par rapport à celles des forces armées et les SMP n'ont pas vocation à les remplacer. Le lien entre l'activité des SMP et celle des forces armées permet de les distinguer des entreprises privées de sécurité, encadrées par la loi du 12 juillet 1983<sup>10</sup>.

Quelle que soit leur dénomination<sup>11</sup>, les SMP font l'objet d'un débat récurrent, en raison de l'assimilation de leur activité au mercenariat dans l'esprit de l'opinion publique ; l'hypothèse d'une insupportable brèche dans le monopole de la violence légitime<sup>12</sup> est également invoquée<sup>13</sup>. Pourtant, leur origine, tout comme leurs liens avec les États souverains, ne permet aucune assimilation au mercenariat, prohibé par le droit français et international<sup>14</sup>.

Les sociétés militaires privées sont apparues à la toute fin du dernier millénaire<sup>15</sup>, comme résultat d'une convergence entre une philosophie néolibérale favorisant le *New Public Management*<sup>16</sup> et les événements géopolitiques majeurs de cette époque : fin de la guerre froide et attentats du 11 septembre. C'est principalement pendant la deuxième guerre d'Irak que ces sociétés ont fait l'objet d'une attention médiatique particulière engendrée par l'intensité de leur activité dans le domaine du soutien aux forces armées de la

---

<sup>8</sup> Livre blanc sur la Défense et la Sécurité nationale, La Documentation française, 2008, vol. 1, p. 329.

<sup>9</sup> PH. CHAPLEAU, *op. cit.*, p. 189 ; sur les enjeux de la dénomination : PH. CHAPLEAU, *Les nouveaux entrepreneurs de la guerre*, Magnart-Vuibert, 2011, p. 73 ; adde. C. MAGNON-PUJO, « Des mercenaires aux compagnies de sécurité privée Construction et pratiques de légitimation de la violence privée commerciale dans le système international », *Déviance et Société*, 2013/4 Vol. 37, p. 487-508, spéc. p. 491.

<sup>10</sup> Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983, actuellement codifiée aux articles L. 611-1 et s. du code de la sécurité intérieure.

<sup>11</sup> On les appelle « sociétés militaires privées », « sociétés de mercenaires », « entreprises de services de sécurité et de défense » ou, pour un domaine d'activité plus restreint, « entreprises privées de protection de navires », conformément à l'art. L. 5441-1 du code des transports.

<sup>12</sup> Selon Max Weber, l'État est une « *entreprise politique [...] revendiquant avec succès le monopole de la contrainte physique légitime* », dont la force publique est l'avatar ; M. WEBER, *Économie et société*, Plon, Paris, 1971.

<sup>13</sup> Car c'est là confondre le monopole de la violence légitime et sa mise en œuvre, laquelle n'est pas nécessairement du ressort d'une administration centralisée : D. DANET, « Guerre d'Irak et partenariats public-privé », *Revue française d'administration publique*, 2009, n° 130, p. 249-262, spéc. p. 250.

<sup>14</sup> Le mercenariat implique que la personne prenant part aux combats ne soit ni ressortissante d'un État partie au conflit, ni membre de ses forces armées, ni missionnée par un État-tiers. Le mercenaire agit donc en dehors du cadre étatique : art. 436-1, code pénal.

<sup>15</sup> C. MAGNON-PUJO, *art. préc.*, p. 488, note 5 ;

<sup>16</sup> C. MAGNON-PUJO, « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, 2011/3 n° 95, p. 129-153, spéc. p. 133, note 10.

coalition et de la formation des unités irakiennes à l'issue de la guerre<sup>17</sup>. Les États-Unis ont ainsi eu massivement recours aux *contractors*<sup>18</sup> employés par ces sociétés lors du conflit irakien et afghan. Le retentissement médiatique spectaculaire de leur rôle<sup>19</sup> – amplifié, en outre, par certains scandales, dont celui d'Abu Ghraib<sup>20</sup> – doit être relativisé. Les activités empiétant directement sur le cœur de métier des armées demeurent rares et la déchéance de la société Blackwater témoigne de la marginalité de son action par rapport à celle de l'industrie dans son ensemble<sup>21</sup>. Les SMP ont ainsi préféré développer un panel d'activités accessoires à l'action armée plutôt que de pourvoir à son remplacement pur et simple.

Si l'activité des SMP demeure par principe accessoire à celle des forces armées, le panel des services proposés est vaste<sup>22</sup>. Pour les seules SMP françaises, le rapport Ménard et Viollet cite « *le conseil en sécurité internationale, [l]’accompagnement et sécurisation d’investissements à l’étranger, [le] soutien des bases militaires ou encore logistique* », en précisant que « *ce panel est toutefois moins large que celui proposé par leurs homologues britanniques et américaines, qui sont autorisées à mener des actions de vive force, y compris en appont des forces armées* »<sup>23</sup>. L'expérience a pourtant montré que les SMP peuvent être un outil d'influence politique permettant, par des voies indirectes, de soutenir ou combattre un régime étranger. Plus cyniquement, y recourir permet de minimiser l'impact dans l'opinion publique du décès d'un *contractor* ou d'un civil à défaut d'implication d'un militaire<sup>24</sup>. Ainsi que le précise M. Viollet : « *il s’agit [...] d’une question stratégique, qui conditionne pour partie la réussite de la mutation en cours de notre outil de défense mais également la sécurisation de nos intérêts à l’étranger et de nos compatriotes qui les servent* »<sup>25</sup>. Enfin, les SMP sont utilisées par de nombreuses ONG et peuvent même être d'un grand secours pour les forces des Nations-Unies, lesquelles disposeraient alors d'une force armée unitaire et non plus d'un *patchwork* de délégations armées dont la coordination s'avère problématique<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> PH. CHAPLEAU, *Sociétés militaires privées, op. cit.*, p. 13 et s.

<sup>18</sup> Les *contractors* sont les employés armés des sociétés militaires privées, v. US ARMY, *Field Manual*, n° 3-100.21, 03/01/2003, p. 1-1.

<sup>19</sup> M.-D. CHARLIER, « Mercenaires d'État en Afghanistan », *Le Monde diplomatique*, février 2010.

<sup>20</sup> Plusieurs *contractors* avaient torturé des détenus de la prison en Irak en 2003, v. « Iraqi alleges Abu Ghraib torture, sues US contractors », *The Seattle Times*, 7 mai 2008.

<sup>21</sup> C. MAGNON-PUJO, « Des mercenaires aux compagnies de sécurité privée », *art. préc.*, p. 494 et s.

<sup>22</sup> C. WALKER, D. WHITE, « Contracting out war? Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, Juillet 2005, pp. 651-690, spéc. p. 652.

<sup>23</sup> CH. MENARD, J.-C. VIOLLET, *Rapport d'information sur les sociétés militaires privées*, A.N. n° 4350, 14 février 2012, p. 5.

<sup>24</sup> C. WALKER, D. WHITE, *Art. préc.*, p. 661.

<sup>25</sup> P. LEFORT-LAVAUZELLE, *art. préc.*, p. 31.

<sup>26</sup> C. WALKER, D. WHITE, *Art. préc.* p. 662.

Les États et les ONG ne sont pas les seuls clients des SMP, lesquelles concluent des partenariats avec des entreprises du secteur privé. Ce mouvement ne peut être qu'amplifié en France par les conséquences de la jurisprudence Karachi en matière d'accidents du travail et de faute inexcusable de l'employeur. Conformément à un revirement de jurisprudence de 2002<sup>27</sup>, le tribunal des affaires de la sécurité sociale de Saint-Lô a décidé que l'employeur employant des expatriés dans des pays où il connaissait l'existence d'un risque terroriste commet une faute inexcusable, dès lors qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour limiter la réalisation de ce risque<sup>28</sup>. Dans la même mouvance, la Cour de cassation a érigé une obligation de sécurité de résultat pour les agences de voyages, sous le régime de la responsabilité objective<sup>29</sup>, responsabilité engagée notamment en cas de réalisation d'un risque terroriste<sup>30</sup>. Cette jurisprudence a permis le développement d'un marché de la formation en sécurité et la création de postes de directeurs sûretés, en charge d'un audit risque et de la mise en place des outils d'évaluation des risques et de prévention. L'importance de l'enjeu sécuritaire est telle désormais que certains acteurs privés traditionnels envisagent la création de filiales ou de *joint-ventures* dédiées à cette activité, filiales qu'elles développent aujourd'hui hors de France<sup>31</sup>.

Or, la question de l'acclimatation et de l'importation de ces SMP d'origine américaine au sein du système juridique français est délicate. Si les arguments économiques et géopolitiques postulent en faveur de cette intégration, l'ordre juridique français s'y montre hostile.

S'agissant des avantages d'ordre non-juridique, l'essor de SMP françaises profiterait à l'économie du pays. Le potentiel des SMP est réel. Il existe aujourd'hui plus de 700 SMP dans le monde, dont 90 sont membres de l'*International Code of Conduct for Private Security Service Providers' Association*<sup>32</sup>, et soumis en tant que tel à leur code de conduite. Les SMP engendraient en 2012 un chiffre d'affaires moyen de 3 millions d'euros, tandis que le marché mondial à la même époque était constitué de 1 500 SMP qui

---

<sup>27</sup> Pour la nouvelle définition de la faute inexcusable en matière de maladie professionnelle : Cass. soc., 28 février 2002 : *RJS* 5/2002, n° 618 ; Cass. ass. pén., 24 juin 2005 : *JCP S* 2005, 1056, note Morvan ; pour une extension aux accidents du travail : Cass. soc., 11 avril 2002 : *Bull. civ.*, 2002, V, n° 127.

<sup>28</sup> T.A.S.S. de la Manche, 15 janvier 2004 : A. GARAT, « Affaire Karachi : questions à Sylvie Topaloff, avocate au barreau de Paris », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 105, 29 janvier 2004, N° Lexbase : N0325ABN ; E. DAUD, L. RABAUX, « La responsabilité de l'employeur et les voyages d'affaires », *Sécurité et stratégie* 2014/4 (19), p. 32-40.

<sup>29</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 2 novembre 2005 : *Bull. civ.* I n° 401 ; *RTD. civ.* 2006.329, obs. Jourdain.

<sup>30</sup> T.G.I. Paris, 7 juin 2006, disponible sur LexisNexis, n° Jurisdata : 2006-307340.

<sup>31</sup> Il en est ainsi de Sodexo Defence, filiale anglaise du groupe français Sodexo ; v. C. MENARD, J.-C. VIOLLET, *Rapp. préc.*, p. 41.

<sup>32</sup> <https://www.icoca.ch/en/membership> : on peut relever que la France n'est pas membre de l'organisation (à l'inverse des principaux pays dont sont originaires les SMP, comme les États-Unis et le Royaume-Uni) et qu'il n'y a que cinq SMP françaises enregistrées.

réalisaient entre 100 à 200 milliards de dollars par an de chiffre d'affaires<sup>33</sup>. Plus récemment, le Parlement européen a adopté une résolution en faveur d'une législation européenne des entreprises de sécurité privées, incluant les SMP<sup>34</sup>. Si la résolution préconise d'utiliser en priorité les forces armées des États membres, elle recommande, dans l'hypothèse d'une carence, le recours à des SMP dès lors qu'il n'implique pas l'usage de la force en dehors des hypothèses d'autodéfense. La France n'a toutefois jamais légiféré dans cette matière.

Plusieurs raisons permettent de comprendre l'inaction française. Il s'agit là d'une résistance structurelle de notre ordre juridique à son américanisation. La concurrence qu'exerceraient les SMP avec un service public régalién de la défense nationale constitue un obstacle. Cette crainte, mêlée aux souvenirs douloureux de l'activité de mercenaires<sup>35</sup>, à l'instar de celle de Bob Dénard<sup>36</sup>, a empêché en France tout débat et a nui au développement de SMP de qualité, alors même que notre pays forme d'excellents cadres militaires. À défaut d'une possibilité de reconversion dans des entreprises françaises, ces derniers acceptent des contrats pour des entités anglo-américaines<sup>37</sup>. Car l'absence d'encadrement prive les SMP de certains droits, tel que celui du port d'armes, interdisant *de facto* aux SMP françaises de déployer leur plein potentiel. La France ne reconnaissant pas les SMP, elle ne propose pas de marchés publics dans ce domaine alors même que l'activité des SMP est dépendante de ces marchés<sup>38</sup>. « *Ne pouvant compter sur des contrats gouvernementaux d'importance, les sociétés françaises doivent se rabattre vers des clients commerciaux (entreprises), des clients privés (hommes d'affaires, diplomates étrangers, VIP) et tenter de décrocher des contrats ponctuels à l'international auprès d'ONG opérant en zones à risques ou de gouvernements de pays en développement* »<sup>39</sup>. Ces obstacles contraignent les SMP à créer, pour certaines activités, des filiales

---

<sup>33</sup> CH. MENARD, J.-C. VIOLLET, *Rapp. préc.* p. 9.

<sup>34</sup> European Parliament resolution of 4 July 2017 on private security companies (2016/2238(INI)). On peut relever qu'une opinion minoritaire a été exprimée, prohibant le recours aux SMP de manière absolue, preuve qu'il n'y a pas d'unanimité sur le sujet.

<sup>35</sup> Loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire, *JORF* 15 avril 2003, p. 6636 ; les éléments matériels cumulatifs du délit de mercenariat sont particulièrement difficiles à réunir, si bien que l'activité des SMP ne peut pas être réprimée pénalement sur ce fondement : *Rapp préc.*, p. 38 et s. ; v. égal. art. 47, Premier protocole additionnel du 8 juin 1977 à la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ; Pour une analyse détaillée de l'inapplicabilité de l'article 47 aux SMP, C. WALKER, D. WHITE, *art. préc.*, p. 678.

<sup>36</sup> Bob Dénard, ancien sous-officier de l'Armée de terre française, était un mercenaire qui participa, entre autres, à un coup d'État aux Comores en 1995 : AFP, *Décès de l'ancien mercenaire Bob Dénard*, 14/10/2007.

<sup>37</sup> P. LEFORT-LAVAUZELLE, *art. préc.*, p. 32 : « *Lorsqu'on demande à des responsables d'ESSD anglo-saxonnes pourquoi il s recrutent des « opérateurs » français, ils répondent que c'est tout simplement parce qu'ils sont parmi les meilleurs au monde* ».

<sup>38</sup> V. *infra*.

<sup>39</sup> PH. CHAPLEAU, *Les sociétés militaires privées, op. cit.*, p. 188.

à l'étranger, lesquelles ne sont pas soumises à l'impôt en France<sup>40</sup>. La France s'interdit également de voir des entreprises françaises remporter de grands marchés publics européens pour assurer la sécurité des délégations de l'Union européenne<sup>41</sup>.

Ces arguments ont depuis lors prévalu : malgré plusieurs efforts en ce sens<sup>42</sup>, le législateur n'a jamais souhaité franchir le pas pour créer un cadre global adapté aux SMP. Pour preuve, à l'occasion de l'adoption de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2014, de nombreux parlementaires ont souligné le potentiel d'adoption d'un tel cadre. Il est évident que nous aurions alors pu observer un nouveau phénomène, parmi d'autres, de l'américanisation de notre droit. Pour autant, le résultat démontre une forme de résistance. La loi de 2014 n'a donné un statut légal qu'à la seule activité de protection des navires contre le risque de piratage. Cette activité apparaît limitée<sup>43</sup>. L'objectif budgétaire l'a emporté sur l'ambition. Pour autant, les obstacles jusqu'alors évoqués étaient-ils rédhibitoires ? Ne fallait-il pas ici accepter l'américanisation de notre droit pour créer une synergie vertueuse ? La préservation de notre ordre juridique ne signifie-t-elle pas à moyen terme la mise à l'écart de notre potentiel dans un marché global qui saura vivre sans ?

Ces questions sont d'importances et il s'agit d'y répondre sans succomber aux sirènes d'un chauvinisme malvenu ni sombrer dans les écueils d'une béate admiration du système américain. Il s'agit d'analyser le cadre juridique français pour voir s'il est, dans le domaine de la défense nationale, hermétique à l'influence américaine ou, à l'inverse, perméable. Notre droit aurait-il pu converger ou demeure-t-il rétif à toute forme d'adaptation face à ces entreprises particulières ? Peut-être une troisième voie demeure possible : celle de l'acceptation d'une américanisation de notre droit sous réserve d'une adaptation à nos grands principes<sup>44</sup>.

Il convient désormais d'apprécier si les raisons invoquées pour expliquer l'absence de norme française et de questionner leur pertinence.

La première étape porte sur l'objet de l'étude, dans le but d'identifier ce qui constitue la spécificité, notamment juridiques, des SMP (I). Dans un second

---

<sup>40</sup> C. MENARD, J.-C. VIOLLET, *Rapp. préc.*, p. 26.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>42</sup> Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité ; Loi n° 2014-742 du 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>43</sup> Elle est en effet subsidiaire par rapport aux équipes de protection militaire embarquées fournies par la Marine nationale, limitée aux navires battant pavillon français (ce qui exclut les navires d'escorte, les navires à quai et les navires sous pavillon étranger) et limitée à des zones géographiques définies par arrêté du Premier ministre qui sont nécessairement des eaux internationales. L'objet de la protection porte sur la prévention et la défense contre les actes de piraterie et les actes terroristes, depuis une loi n° 2016-816 du 20 juin 2016. Ajoutons en outre que les navires à passagers sont exclus, sauf s'ils sont en transit et sans passagers : la protection des navires transportant des passagers relevant de l'Armée française en raison des complications en cas d'assaut.

<sup>44</sup> Pour une bibliographie exhaustive du débat sur les inconvénients et les avantages d'une consécration d'un statut des SMP : D. DANET, *art. préc.*, pp. 255-256.

temps, il convient de confronter cet objet au système juridique français dans l'objectif de mesurer si les obstacles à l'institution des SMP sont structurellement juridiques ou relèvent, à l'inverse, de considérations politiques (II).

## I. L'IDENTIFICATION DES SOCIÉTÉS MILITAIRES PRIVÉES

L'analyse de l'activité des SMP permet d'en identifier les points juridiques saillants (A) et d'observer, au travers d'une étude de droit comparé, le traitement de ces sociétés par les législations étrangères (B).

### A. L'ACTIVITE DES SOCIÉTÉS MILITAIRES PRIVÉES

Les activités des SMP, bien que variées, peuvent être classées en deux catégories (1°) et présentent des risques originaux (2°).

#### 1. LA CLASSIFICATION DUALE DE L'ACTIVITE DES SOCIÉTÉS MILITAIRES PRIVÉES

L'analyse des activités proposées par les SMP permet de les rattacher à différentes activités classiques du domaine civil : fabrication de matériel militaire, protection de personnes (hommes politiques, hommes d'affaires, employés humanitaires, touristes), protection de biens (convois routiers, sites stratégiques, usines et raffineries, emprises militaires), conseils en sécurité, gestion de systèmes d'information, renseignement, formation (militaire, processus de sécurité), déminage, services aux bases militaires (restauration, soins), interprètes, etc.<sup>45</sup>. Ces activités ne diffèrent pour l'essentiel en rien de celles exercées par des organismes classiques. Le caractère distinctif des SMP doit être recherché dans l'activité militaire *stricto sensu* et non dans une simple activité de prestation de services, quand bien même serait-elle rattachée aux métiers militaires<sup>46</sup>.

Le caractère des SMP constitue le point focal sur lequel doit être construite une classification juridique de l'activité. Dans un objectif épistémologique, l'appréhension de cette activité permet d'apprécier s'il existe une ingérence dans le monopole de la violence légitime détenue par l'État ou si, à l'inverse, cette activité n'est qu'un soutien extérieur à cette violence légitime. Or, l'analyse des activités exercées par les SMP dans le monde fait ressortir deux catégories

---

<sup>45</sup> PH. CHAPLEAU, *Les nouveaux entrepreneurs de la guerre*, *op. cit.*, p. 80 et s.

<sup>46</sup> SAMI MAKKI, « L'Europe à l'épreuve de la doctrine américaine de l'intégration », *Humanitaire* [En ligne], n° 19, Été 2008, note 2, <http://humanitaire.revues.org/index454.html>.

d'activités. Il existe, d'une part, une activité de substitution aux opérations sur le terrain des militaires : les employés exercent alors le métier de soldats ou de mercenaires. D'autre part, les SMP exercent des activités de conseil, de formation ou de logistique. L'activité est ici civile, bien qu'elle se démarque tout de même en raison de l'exigence d'une autorisation de port d'armes justifiée soit par la dangerosité de l'environnement, soit par les objectifs de la formation. La classification s'opère donc entre les activités de substitution aux forces armées et celles de soutien aux forces armées.

Certains auteurs considèrent toutefois que cette classification est inopérante, puisque toutes les activités des SMP sont liées aux forces armées, qu'il s'agisse de substitution aux forces armées ou de simple formation ou aide logistique<sup>47</sup>. D'autres auteurs proposent un classement à trois niveaux en fonction du degré d'engagement sur un théâtre opérationnel : première ligne (offensive directe), soutien et logistique (défensif, mais en territoire hostile), conseil et formation (zone sécurisée)<sup>48</sup>.

De ces trois classifications, la plus pertinente pour apprécier l'adéquation du statut de SMP au droit français est celle qui s'effectue au regard du monopole étatique. Or, un monopole ne connaît que deux états : soit l'activité est en dehors du monopole, soit elle empiète sur le monopole. La classification duale est donc la plus pertinente au regard de notre étude. En outre, la classification proposée permet de fournir un cadre propice à une régulation efficace de l'activité qui devra se construire de manière à prévenir les risques inhérents à l'activité des SMP.

## 2. LES RISQUES INHERENTS A L'ACTIVITE DES SOCIETES MILITAIRES PRIVEES

Il existe trois catégories de risques juridiques<sup>49</sup>. En premier lieu, les SMP délégataires de l'État restent des entreprises privées dont le comportement est dicté par la recherche de profit. Leur relation avec leur commanditaire peut être biaisée par un risque d'agence dont on sait, depuis les travaux d'Eugene Fama, qu'ils engendrent un surcoût<sup>50</sup>. Ce surcoût n'existera toutefois que si l'État n'est pas capable d'auditer l'activité. À ce risque d'agence, il faut y adjoindre un risque

---

<sup>47</sup> Pour une perception unitaire de ces activités: C. HOLMQVIST, « Private security companies: the case for regulation », *Policy Paper 9*, n° 3, 2005.

<sup>48</sup> P. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2004, pp. 91-93.

<sup>49</sup> Pour une description complète : PH. CHAPLEAU, *Les nouveaux entrepreneurs de la guerre*, op. cit., p. 147 et s.

<sup>50</sup> E. FAMA, « Agency Problems and the Theory of the Firm », *Journal of Political Economy*, Vol. 88, N° 2 (Apr., 1980), p. 288-307.

de sous-performance, notamment en cas de délégation par la SMP de certains aspects du partenariat. Il s'agit là d'une problématique de coûts liés à l'activité et de gestion des finances publiques.

En deuxième lieu, les SMP sont des sociétés privées dont le personnel peut être armé. Qu'advierait-il si un employé d'une SMP, sous contrat avec l'État français, faisait usage de son arme sur un civil ? Cette problématique fait ressortir la question de la responsabilité de l'État contractant. En droit interne et international, l'État déléguant pourrait rester responsable des agissements du délégataire en cas de violation du droit humanitaire international, bien qu'un employé de SMP ne soit pas un de ses agents<sup>51</sup>. Enfin, la question de l'éthique des agents des SMP se pose, puisque ces agents ne seront pas placés directement sous le contrôle des pouvoirs publics<sup>52</sup>.

En troisième lieu se pose la traditionnelle question des conflits d'intérêts puisque les SMP peuvent servir plusieurs clients aux intérêts opposés. Le conflit d'intérêts relève la question de leur loyauté et de l'accès à des informations relevant du secret défense. Le concept-clef de probité, développée par James Wilson, est ici absent<sup>53</sup>. Celui-ci se comprend comme l'adéquation entre l'action, issue d'une volonté politique claire exprimée dans le cadre d'un service public régalién (défense et diplomatie) et l'agent chargé de son exécution, animé d'une volonté de servir, d'un état d'esprit particulier, lequel est en principe absent chez les employés de SMP. Le cadre contractuel s'avère ici peu adapté, en témoigne l'exemple de Blackwater<sup>54</sup>, si bien qu'il est préférable d'agir par le biais d'une régulation globale. Cette régulation sera nécessairement difficile à instituer au niveau étatique, puisque les missions extérieures des SMP mettent en relation une pluralité d'États entre eux : État contractant, État sur le territoire duquel se déroule la mission, État où se situe le siège social de la SMP<sup>55</sup>. Les questions qui naissent de cette situation sont complexes et doivent être appréhendées au cas par cas. La question de la régulation des SMP, actuellement étatique, devra tôt ou tard être élevée au niveau des instances normatives internationales.

## B. L'ENCADREMENT DE L'ACTIVITE DES SMP DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES ETRANGERS

---

<sup>51</sup> Art. 3, 4<sup>ème</sup> convention de La Haye de 1907 ; Art. 91, Premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1977 ; sur les difficultés dans la mise en œuvre : F. PARODI, « Les États face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *R.G.D.I.P.*, 2010, n° 3, pp. 500-533, spéc. p. 505.

<sup>52</sup> V. toutefois art. L. 121-1 du code de justice militaire.

<sup>53</sup> Cité par D. DANET, *art. préc.*, p. 260.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> F. PARODI, *art. préc.*, p. 500.

L'expérience des systèmes juridiques étrangers permet d'apporter une réponse partielle à la question de la régulation. Celle-ci devra nécessairement être ajustée à notre système. Si l'on s'attache aux systèmes les plus avancés sur cette question, à savoir les systèmes anglo-américains, on constate deux réponses possibles. Les États-Unis ont ainsi opté pour une régulation sectorielle (1°) alors que le Royaume-Uni s'est engagé dans la voie de l'autorégulation (2°).

#### 1. LA REGULATION SECTORIELLE AMERICAINE

Les États-Unis ont mis en place une régulation sectorielle qui a été d'autant plus facilitée que le commerce et le port des armes à feu est libre dans ce pays<sup>56</sup>. Les SMP américaines exercent leur activité selon deux modalités alternatives : licence globale ou marché public conclu avec le ministère de la Défense. La SMP peut tout d'abord exercer son activité sous licence globale en se soumettant à une déclaration auprès de l'administration<sup>57</sup> et à une approbation administrative de tout contrat majeur conclu entre un fournisseur d'armes ou de services de défense – dont des services de formation – et un État étranger. Le système de régulation permet ainsi à l'administration américaine de défendre ses intérêts par une surveillance au cas par cas de chaque contrat important. Pour les contrats les plus importants<sup>58</sup>, le Congrès est inclus dans le processus décisionnel<sup>59</sup>. L'autre branche de l'alternative consiste à soumissionner aux appels d'offres du *Defence Department's Foreign Military Sales* du ministère de la Défense, en vue de soustraire l'exécution de contrats entre les États-Unis et des puissances étrangères<sup>60</sup>. Enfin, pour mémoire, le Congrès américain dispose toujours du pouvoir d'accorder des lettres de marque aux corsaires<sup>61</sup>. Bien que l'usage de ces lettres de marque reste contraire au droit international<sup>62</sup>, la question est régulièrement soulevée devant le congrès dans le cadre de la lutte antiterroriste<sup>63</sup>. Concernant les employés des SMP, le droit américain prohibe simplement l'engagement de citoyens américains au profit d'États en conflit avec un autre État en paix avec

---

<sup>56</sup> Le port d'armes est un droit constitutionnel garanti par le deuxième amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique.

<sup>57</sup> La déclaration qui doit être faite au *Directorate of defense trade controls* est imposée par l'*Export Control Act* (AECA) de 1968 mis en application par l'*International Traffic in Arms Regulation* (Code des règlements fédéraux, Titre 22, Chapitre I, Section M).

<sup>58</sup> Au-delà d'un million de dollars.

<sup>59</sup> AECA, Section 36 : le congrès peut s'opposer au contrat ou proposer des modifications.

<sup>60</sup> V. pour la première guerre d'Irak : D. DANET, *art. préc.*, p. 251.

<sup>61</sup> Art. 1, Section 8, Constitution des États-Unis d'Amérique.

<sup>62</sup> Déclaration de Paris de 1856 qui prohibe le recours aux services des corsaires, point intégré aujourd'hui au rang de principe général du droit international.

<sup>63</sup> La question a été soulevée régulièrement, mais sans succès, par l'ancien *congressman* Ron Paul de 2001 à 2009.

les États-Unis<sup>64</sup>. Il soumet à la juridiction de droit commun américaine les employés agissant en soutien des forces américaines<sup>65</sup>.

## 2. L'AUTOREGULATION BRITANNIQUE

On voit ainsi que les États-Unis disposent d'une législation relativement classique permettant de réguler un secteur commercial sensible en le soumettant à un contrôle de la puissance publique. Après réflexion<sup>66</sup>, les Britanniques favorisent l'autorégulation internationale<sup>67</sup> : leur seule législation interdisant aux sujets britanniques de fournir un service militaire à une puissance étrangère sans autorisation expresse du roi ou de la reine<sup>68</sup> reste largement inappliquée<sup>69</sup>. C'est ainsi que se mettent peu à peu en place des standards internationaux : document de Montreux de 2008, *Code of conduct for Private Security Providers* de 2010, Standards ASIS de 2012<sup>70</sup>. Le rôle des SMP britanniques est central dans l'élaboration de ces codes de conduite. Par ce biais, l'influence du Royaume-Uni est importante. Cette autorégulation internationale se construit sous l'égide des Anglo-américains, à défaut pour la France de saisir l'opportunité d'une régulation de l'activité.

L'analyse de ce marché a mis en relief les spécificités de cette activité et les réactions des principaux États impliqués dans son développement. La France demeure pour le moment à l'écart. Ce choix répond-il à des considérations politiques ou s'agit-il structurellement d'une impossibilité juridique ? C'est à cette question qu'il faut désormais répondre.

## II. LES SOCIÉTÉS MILITAIRES PRIVÉES DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS

Les activités des SMP peuvent être classées en deux catégories : substitution aux forces armées ou soutien aux forces armées<sup>71</sup>. Le traitement juridique des SMP peut se fonder utilement sur cette distinction. Il apparaît en effet que le droit

---

<sup>64</sup> *Foreign Relation Act* de 1988, Sections 959 et 960.

<sup>65</sup> *Military Extraterritorial Jurisdiction Act*, 22 novembre 2000 ; adde. F. PARODI, *art. préc.*, p. 523 ; v. égal. *R.G.D.I.P.*, 2010, p. 392.

<sup>66</sup> V. *Green Paper outlining legislative options for the control of private military companies which operate out of the United Kingdom* ; HOUSE OF COMMONS, *Private Military Companies, Ninth Report of Session 2001-02*, HC 922, 1<sup>er</sup> août 2002 ; adde. pour les options en matière de régulation : FOREIGN OFFICE, *Private Military Companies: Options for Regulation*, HC 577, 12 février 2002.

<sup>67</sup> *UK Government, Written Statement to Parliament, Private Securities Companies*, 17 décembre 2012.

<sup>68</sup> *Foreign Enlistment Act* de 1870, section 4.

<sup>69</sup> C. WALKER, D. WHITE, *art. préc.*, p. 655.

<sup>70</sup> C. MENARD, J.-C. VIOLLET, *Rapp. préc.*, p. 47 et s.

<sup>71</sup> V. *supra*, n° 10

français interdit les activités de substitution aux forces armées mais autorise le soutien aux forces armées (A). L'activité de soutien aux forces armées pouvant être exercée, il serait utile de l'encadrer au travers d'un statut régulé global (B).

## A. L'IMPOSSIBLE SUBSTITUTION AUX FORCES ARMEES

La défense nationale constitue un service public constitutionnel (1°) dont seules les mesures d'exécution peuvent être déléguées à des entités relevant du droit privé (2°).

### 1. UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL

Le service public de la défense nationale est réservé à l'État en vertu de la Constitution du 4 octobre 1958 puisque cette dernière fait du chef de l'État le chef des armées (art. 15), réserve la force armée au gouvernement (art. 20) et fait du chef du gouvernement le chef suppléant des armées (art. 21), tandis que l'article 34 réserve compétence au législateur pour légiférer sur les principes fondamentaux de la défense nationale. Elle est donc, par essence, l'un de ses services publics régaliens constituant des « *fonctions inséparables de la souveraineté* »<sup>72</sup>. La décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 1986 interdit clairement au législateur ou à l'autorité réglementaire de modifier le contour des services publics nationaux constitutionnels : « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas* »<sup>73</sup>. Si le service de la défense nationale ne saurait être privatisé, il ne peut non plus faire l'objet d'une délégation complète.

Le Conseil constitutionnel se montre particulièrement strict quant à l'interdiction de déléguer le pouvoir de police administrative à un prestataire privé, ainsi que le démontre la décision du 10 mars 2011<sup>74</sup>. Le fondement de cette décision se trouve à l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 permettant l'institution d'une force publique insusceptible de délégation. Or, la force publique inclut à la fois les forces de police, mais également les forces armées, dans une logique weberienne de monopolisation de

---

<sup>72</sup> Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399 DC, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, Rec. Lebon, p. 245, Consid. n° 15.

<sup>73</sup> Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Consid. n° 53.

<sup>74</sup> Cons. const., 10 mars 2011, no 2011-625, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II)*, Consid. n° 18.

la contrainte légitime<sup>75</sup>. Le Conseil d'État est sur une position identique depuis bien longtemps<sup>76</sup>. La référence à un élément du bloc de constitutionnalité institue le principe susmentionné comme l'un des piliers de l'organisation étatique, insusceptible de révision.

## 2. LA DELEGATION DES MESURES D'EXECUTION ET LE PRINCIPE DE LA LEGITIME DEFENSE

Les limites à la délégation de service public n'interdisent toutefois pas au législateur de déléguer le soutien technique et logistique aux forces armées à des prestataires privés<sup>77</sup>. À l'image de la distinction réalisée par la loi du 22 juin 1987 sur le service pénitentiaire, il est possible de séparer dans une fonction publique ce qui relève du régalien de ce qui s'en détache et peut être délégué<sup>78</sup>, ce qui exclut en toute hypothèse l'exercice de la contrainte, fonction non détachable de la défense nationale<sup>79</sup>. Les SMP peuvent donc intervenir sur le théâtre des opérations en soutien, par le recours à des employés armés limités dans l'utilisation de leurs armes à la légitime défense. C'est du reste ce qu'autorise le Conseil constitutionnel par une analogie avec sa position sur la sécurité intérieure, concernant les « *prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »<sup>80</sup> dont la délégation est autorisée.

Cette délégation ne constitue pas nécessairement une délégation de service public *stricto sensu*. Ainsi, la loi relative aux activités privées de protection des navires délègue une mission qu'assurait directement la France. Elle prend toutefois bien soin d'éviter toute analogie avec le service public puisqu'elle dénie toute prérogative de puissance publique au prestataire privé et lui interdit de prendre une dénomination pouvant prêter à confusion<sup>81</sup> ; de manière générale, la crainte d'un risque de confusion se retrouve par ailleurs dans la loi<sup>82</sup>. Il faut comprendre que le législateur refuse de reconnaître un service public des forces

---

<sup>75</sup> M. WEBER, *op. cit.*

<sup>76</sup> CE, Ass., 17 juin 1932, n° 12045, *Ville de Castelnaudary* : Rec. Lebon, p. 595 ; CE, 1<sup>er</sup> avril 1996, *Commune de Menton* : Rec. Lebon, p. 175.

<sup>77</sup> C. MENARD, J.-C. VIOLLET, *Rapp. préc.*, p. 35.

<sup>78</sup> E. LEMAITRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA* 2009.767.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Cons. const., 29 août 2002, no DC 2002-461, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, consid. n° 87.

<sup>81</sup> Art. L. 612-14, code de la sécurité intérieure.

<sup>82</sup> Il est ainsi interdit aux agents de revêtir un uniforme pouvant prêter confusion avec celui des forces armées ou de police (art. L. 5442-3, code des transports) et pour la personne morale, la dénomination doit faire ressortir qu'il s'agit d'une personne de droit privée et éviter toute confusion avec un service public (art. L. 612-3, code de la sécurité intérieure). Dans le projet de loi, il était prévu en outre que les SMP ne puissent faire mention dans leurs documents publicitaires de la qualité d'ancien membre des forces militaires ou de police d'un de leurs employés (art. 9).

armées et interdit cette reconnaissance au juge puisque la jurisprudence APREI fait de la volonté du législateur le premier critère de qualification du service public<sup>83</sup>. On peut d'ailleurs comprendre qu'il ne s'agit pas là d'une substitution mais d'un soutien aux forces armées, en raison des patrouilles – nombreuses – qui assurent une protection renforcée des navires battant pavillon français. Car si la substitution est impossible, le soutien aux forces armées est parfaitement autorisé. Cette autorisation nécessite toutefois un encadrement, en raison des risques susmentionnés<sup>84</sup>. Cet encadrement doit être mûrement réfléchi : en fonction des dangers inhérents à ces activités, il convient d'aboutir à un contrôle des opérateurs tout en conservant un cadre favorable à leur émergence. Il faut aussi s'intéresser aux structures de supervision existantes qui peuvent tout à fait s'adapter pour assurer un contrôle efficace des opérateurs bénéficiant de cet hypothétique statut.

## B. UN SOUTIEN ENCADRE AUX FORCES ARMEES

Le statut légal des SMP, s'il était créé, reposerait en grande partie sur une extension de l'autorisation de port d'armes (1°) avec, pour corollaire, une régulation de l'activité par des entités administratives existantes (2°).

### 1. L'EXTENSION DU DROIT AU PORT D'ARMES AUX AGENTS DES SOCIETES MILITAIRES PRIVEES

Le principal obstacle au développement de SMP française a trait à la législation sur le port d'armes. Le droit au port d'armes sur un territoire est du ressort de l'État souverain qui peut en faire bénéficier des ressortissants étrangers. À défaut d'une telle autorisation pour la détention et le port d'armes, les SMP françaises ne peuvent ni les exporter ni les importer, obligées en conséquence de créer des filiales pour contourner l'interdiction générale. En outre, l'interdiction du port d'armes empêche les SMP françaises d'exercer des missions sur le territoire national.

La loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 a refondé l'ensemble des dispositions relatives à la détention d'armes, dont la précédente mouture datait du décret-loi du 18 avril 1939. Le système simplifié qui en résulte met en place une classification des armes en quatre catégories, en fonction du régime juridique applicable à leurs acquisition et détention : interdiction générale, autorisation, déclaration, acquisition et détention libre. Le classement a été réalisé par décret

---

<sup>83</sup> CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*.

<sup>84</sup> V. supra no 12

en Conseil d'État en fonction de la dangerosité des armes<sup>85</sup>. Aujourd'hui, le Code de la sécurité intérieure permet à certains employés des entreprises privées de sécurité d'être armés<sup>86</sup>. Il s'agit au mieux d'armes de catégorie B<sup>87</sup>. Seules, parmi les SMP, les entreprises privées de protection de navires disposent désormais de ce droit<sup>88</sup>. Concernant les armes de catégorie A, c'est à dire à proprement parler les armes de guerre, « [l]'acquisition et la détention [...] sont interdites, sauf pour les besoins de la défense nationale et de la sécurité publique »<sup>89</sup>. En outre, seuls les fonctionnaires de l'État peuvent recevoir cette autorisation. L'autorisation relève toujours de la compétence préfectorale<sup>90</sup>.

Il n'en reste pas moins que les armes de catégorie B permettent aux employés des SMP d'assurer leur protection et celle de leurs clients. La réglementation autorise en effet l'usage d'armes de catégorie B pour les employés des entreprises privées de sécurité, mais cette politique d'armement est circonscrite soit à la dangerosité de la mission – c'est le cas des transports de fonds – ou géographiquement par une limitation au lieu de réalisation de la mission de surveillance<sup>91</sup>. L'hypothèse limitée du recours à des employés privés pour des missions de sécurité sur la voie publique demeure marginale et strictement encadrée<sup>92</sup>. L'article L. 5442-3 du Code des transports autorise les SMP à acquérir, détenir, transporter et mettre à disposition de leurs agents, pour les besoins de leurs activités, des armes et des munitions ; ces agents ne peuvent les utiliser que pour assurer leur protection et celle des personnes et des biens dont ils ont la charge, dans le cadre de la légitime défense régie par les articles 122-5 à 122-7 du Code pénal.

La généralisation du droit au port d'armes pourrait être envisagée et elle devrait être effectuée selon les mêmes modalités que ce qui est autorisé aujourd'hui pour les personnels susmentionnés. L'autorisation d'armes de catégorie A devrait-elle être autorisée pour certaines SMP ? La question est sérieuse et si l'on s'attache à l'activité de protection des navires, force est de constater que l'armement autorisé peut paraître dérisoire pour s'opposer à l'usage d'armes de guerre utilisées par des pirates ou des terroristes<sup>93</sup>.

---

<sup>85</sup> Art. R. 311-1 et s., code de la sécurité intérieure.

<sup>86</sup> Par ex. art. L. 613-5 du code de la sécurité intérieure.

<sup>87</sup> Art. R. 613-3, R. 613-41, R. 614-1, code de la sécurité intérieure.

<sup>88</sup> Art. L. 5442-3, code des transports ; pour une liste des armes et protections pouvant être autorisées : art. R. 5442-1, code des transports.

<sup>89</sup> Art. L. 312-2, code de la sécurité intérieure.

<sup>90</sup> Art. R. 312-2, code de la sécurité intérieure.

<sup>91</sup> Art. L. 613-1, al. 1, code de la sécurité intérieure.

<sup>92</sup> Art. L. 613-2, al. 2, code de la sécurité intérieure.

<sup>93</sup> V. PH. GRIMAUD, *op. cit.*, note 16. L'auteur précise toutefois que le recours aux entreprises de protection des navires n'est qu'un premier échelon dissuasif, la réalisation de la menace devant faire intervenir des patrouilles armées, ce qui justifie alors le maintien de l'exclusion des armes de guerre.

Le principe d'une autorisation de port d'armes pour des armes de catégorie B à la dangerosité avérée nécessite une régulation de l'activité des SMP, régulation d'autant plus nécessaire qu'elle permettra de neutraliser les risques inhérents à cette activité.

## 2. LE CADRE DE SUPERVISION DES SOCIÉTÉS MILITAIRES PRIVÉES

L'activité des SMP engendre trois catégories de risques : un risque d'agence, un risque de responsabilité et un risque de conflits d'intérêts<sup>94</sup>. La régulation de l'activité à la manière des États-Unis permet d'appréhender ces trois niveaux de risque. Le schéma proposé par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 2014, lui-même fortement inspiré du régime des entreprises privées de sécurité, pourrait être étendu au statut, à construire, des SMP en France. Le modèle des entreprises privées de sécurité sert ainsi de référence pour la construction d'une régulation adaptée des SMP exerçant des activités de soutien aux forces armées, si la France devait se doter d'un tel statut.

La supervision de ces activités est réalisée par le Conseil national des activités privées de sécurité (ci-après « CNAPS »), autorité administrative indépendante composée de fonctionnaires de l'État et de membres de la profession, chargée d'une mission de régulation<sup>95</sup>. Le CNAPS chapeaute les commissions régionales ou interrégionales d'agrément et de contrôle, lesquelles sont en charge de la délivrance effective des autorisations d'exercice et des cartes professionnelles. Ce système de régulation, somme toute classique<sup>96</sup> et calqué sur le modèle de la régulation sectorielle dans les matières bancaire, financière et de l'assurance, permet d'appréhender deux des trois niveaux de risques susmentionnés : risque de responsabilité de l'État et risque de conflits d'intérêts. En effet, l'appréhension du risque d'agence ne ressort pas d'une régulation générale, mais plutôt de clauses contractuelles, l'État pouvant par le biais des contrats administratifs imposer des clauses exorbitantes du droit commun et ainsi diminuer ce risque.

S'agissant du risque lié aux conflits d'intérêts, diverses mesures de contrôle administratif permettent de le réduire. L'emprise du droit français sur les activités des entreprises se fait ainsi à trois niveaux. Le premier niveau est celui de l'entreprise elle-même qui doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou bien être établie dans un État membre de l'UE ou partie à l'EEE<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> V. *supra*, n° 12 et s.

<sup>95</sup> Art. L. 632-1 du code de la sécurité intérieure qui définit les missions du CNAPS.

<sup>96</sup> Le régulateur reçoit de l'article L. 632-1 du code de la sécurité intérieure une mission de police administrative, une mission de contrôle et une mission disciplinaire.

<sup>97</sup> Art. L. 612-1, code de la sécurité intérieure.

L'activité est par ailleurs soumise à certification<sup>98</sup>. En outre, les dirigeants ou associés de l'entreprise sont soumis un agrément distinct<sup>99</sup> donné au regard de critères de nationalité (France, UE ou EEE) et d'aptitude morale ou professionnelle<sup>100</sup>. Les agents de ces entreprises sont soumis à l'obligation de détenir une carte professionnelle et soumis aux mêmes conditions que celles des dirigeants, à l'exclusion des critères de nationalité et d'absence de faillite<sup>101</sup>. À ces contrôles préalables s'ajoutent deux autres mesures, à savoir l'obligation d'exercer exclusivement l'activité pour laquelle l'autorisation est donnée<sup>102</sup> avec, pour corollaire, l'interdiction de sous-traiter cette activité<sup>103</sup> et une restriction globale fondée sur le trouble à l'ordre public<sup>104</sup>. Cette dernière disposition permet de s'assurer que les entreprises ne soient pas gérées par des personnes pouvant, *de facto*, présenter un risque pour la France<sup>105</sup>. Enfin, l'État est informé par l'armateur de chaque contrat signé avec une entreprise privée de protection de navires<sup>106</sup>. Si la régulation devait être étendue à toutes les activités de SMP, il serait utile de transformer cette déclaration en autorisation, en particulier en matière internationale, fondée sur des critères précis d'intérêts de la nation et de protection de l'ordre public.

Certains de ces critères participent également à la prévention du risque d'engagement de la responsabilité de l'État. Il en est ainsi des critères relatifs à l'aptitude professionnelle, la moralité et la non-condamnation, puisqu'elles permettent de cantonner la réalisation de préjudices. D'autres critères permettent de limiter le risque spécifiquement, ainsi de l'obligation de s'assurer<sup>107</sup> et, comme cela a été vu, des mesures permettant de ne pas considérer l'activité comme une délégation de service public<sup>108</sup>. Les mesures préconisées et ce mécanisme de contrôle à trois niveaux paraissent complets et exhaustifs, d'autant plus que les autorisations et cartes professionnelles peuvent être retirées dans des circonstances variées par le CNAPS.

Pour autant, ce cadre est-il adapté ? Sur le fond, il n'existe pas de lacunes. C'est sur l'organisation de la supervision que des doutes peuvent être exprimés. L'activité militaire pourrait-elle être régulée comme une activité bancaire ou

---

<sup>98</sup> Art. L. 616-1, code de la sécurité intérieure.

<sup>99</sup> Art. L. 612-6, code de la sécurité intérieure.

<sup>100</sup> Pour une liste détaillée : art. L. 612-7, code de la sécurité intérieure.

<sup>101</sup> Art. L. 612-20, Code de la sécurité intérieure.

<sup>102</sup> Art. L. 612-2, code de la sécurité intérieure.

<sup>103</sup> Art. L. 617-12-1, code de la sécurité intérieure.

<sup>104</sup> Art. L. 612-12, code de la sécurité intérieure.

<sup>105</sup> V. le Projet de loi préc., p. 24 : « cette disposition pourrait concerner par exemple le projet de création d'une entreprise par des dirigeants qui seraient tenants de positions idéologiques extrémistes et pour lesquels les finalités recherchées à travers l'activité de leur société divergeraient de l'esprit de la loi ».

<sup>106</sup> Art. L. 5442-7, code des transports.

<sup>107</sup> Art. L. 612-5, code de la sécurité intérieure.

<sup>108</sup> V. supra.

financière, par le biais d'un superviseur ? À se restreindre à l'existant, on constate qu'il existe déjà des critiques très fortes exprimées par la Cour des comptes sur l'activité du CNAPS dont le fonctionnement est à revoir<sup>109</sup>. Or, le rapport précité souligne bien qu'à chaque fois que l'activité des entreprises privées de sécurité a été efficiente, c'est en raison de la tutelle étatique, qu'elle soit ponctuelle comme pour l'Euro de 2016 ou bien permanente comme pour l'Aéroport de Paris-Charles de Gaulle. Ne faudrait-il pas alors repenser l'encadrement des sociétés les plus sensibles et prévoir, en cas de consécration d'un statut des SMP, une tutelle directe de l'État au travers des ministères des Armées et de l'Intérieur ? Ce serait étendre le contrôle réalisé pour le port d'armes à l'ensemble de l'activité. Rien ne s'y oppose. Au contraire, la préservation de l'ordre public le justifie dans ce cas précis étant donnée la compétence professionnelle des services de l'État en matière de défense nationale.

\* \*  
\*

On aurait pu croire le système juridique français parfaitement hermétique à l'inclusion de SMP, en raison de l'importance tant constitutionnelle que factuelle de l'Armée française. La réalité est plus nuancée. Si l'on sépare les activités des SMP en deux catégories, celle de substitution aux forces armées et celle de soutien aux forces armées, l'on constate que seule la première est prohibée. La seconde peut, à l'inverse, prospérer. Il serait ainsi parfaitement envisageable de créer un statut des SMP, centré sur ces activités. Pour ce faire, il suffirait d'étendre les dispositions applicables aux entreprises de protection des navires. Ces dernières sont une espèce d'entreprise dont les SMP constituent le genre. En effet, une entreprise privée de protection des navires est un mécanisme de soutien aux forces armées. Elle constitue un moyen de protection rudimentaire permettant de prévenir les menaces les plus faibles et de permettre à un navire assailli de résister dans l'attente de l'intervention d'une patrouille de la Marine française. Comme l'exprime un auteur : « *L'idée qui préside à l'articulation des différents dispositifs de protection est donc vraisemblablement que la protection privée du navire est un premier échelon de dissuasion et de défense avant l'arrivée d'un navire de guerre, le présumé étant que les patrouilles de ceux-ci suffisent à protéger la zone dans le cadre d'un contrôle naval volontaire auxquels les armateurs peuvent s'inscrire* »<sup>110</sup>.

Que faut-il retenir alors de ce cadre juridique français qui, s'il n'est pas propice aux SMP, ne leur est pas défavorable ? Que le refus de créer un statut

---

<sup>109</sup> Cour des comptes, *Rapport public annuel* 2018, p. 172 et s. ; adde M. Léna, « La sécurité privée doit-elle redevenir un oxymore ? », *AJ Pénal* 2018, p. 53.

<sup>110</sup> V. PH. GRIMAUD, *op. cit.*

des SMP est politique et non pas juridique. Par son refus de créer un tel statut, le législateur respecte en somme, par-delà la lettre de notre Constitution, son esprit. La France est profondément marquée par son respect des pouvoirs régaliens. Si de nombreux pans du service public ont pu être abandonnés, il existe un domaine réservé qui ne cède pas aux sirènes du marché. En somme, il existe des domaines où l'américanisation du droit est neutralisée par l'esprit d'un système juridique.

# LES RÉPONSES DU DROIT FRANÇAIS FACE A LA MENACE TERRORISTE

L'inéluctable influence du droit américain sur les pouvoirs de crise ?

Par  
Mamadou BEYE  
Docteur en droit public  
de l'Université Le Havre-Normandie

Selon les mots de *L'Encyclopédie* de 1751, les périodes de crise sont celles où « les lois se taisent »<sup>1</sup>. Une telle phrase peut donner lieu à plusieurs interprétations de la situation exceptionnelle. On peut en déduire qu'il y a des situations dans lesquelles il est difficile d'agir au travers des prescriptions de la loi, c'est-à-dire en se soumettant rigoureusement aux règles que celle-ci impose. Mais on peut également déduire que ces mêmes situations empêchent de respecter certains droits ordinairement garantis aux individus, entraînant par exemple une restriction des droits fondamentaux. Ce qu'il y a d'intrigant et d'intéressant dans cette phrase, c'est que son interprétation permet d'opposer la conception américaine – qui de prime abord se rattache à ce nécessaire silence des lois – à la française, qui au contraire semble *a priori* vouloir continuer à les faire parler en cas de crise. Ce silence américain supposerait alors la mise en danger de l'État de droit, alors que l'approche française, en continuant de soumettre les pouvoirs de crise à la loi, protégerait ce même paradigme.

En effet, d'un côté, l'observation des pouvoirs exceptionnels américains révèle – en cas de crise – une franche disposition à s'affranchir des règles de compétence posées par le droit positif, et à porter des atteintes manifestes à des droits pourtant garantis par la Constitution. La manière dont sont prises les mesures d'exception par le président américain en cas de crise illustre cette tendance à s'évincer du respect des règles constitutionnelles en matière de compétences. Ainsi, si la Constitution de 1787 autorise à prendre des mesures temporaires d'exception, elle n'habilite aucunement le président à y procéder<sup>2</sup>. Pourtant, dans les faits, c'est ce dernier qui décide lui-même de mettre en œuvre

---

<sup>1</sup> L. Jaucourt, « Dictateur », *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, D. Diderot, J. L. R. d'Alembert, 1751, p. 957.

<sup>2</sup> Voir en ce sens : États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I, section 9.

de telles mesures, si bien qu'il apparaît que – sur ce point au moins – « la Constitution a plié devant la pratique »<sup>3</sup>. Cette habilitation conférée au président depuis Lincoln<sup>4</sup> n'est donc absolument pas déduite de la loi fondamentale, mais trouve sa source dans la pratique. De même, concernant les atteintes aux droits et libertés, les mesures d'exception semblent s'affranchir des bornes leur étant imposées par la loi. À ce titre, l'*USA PATRIOT Act*<sup>5</sup> promulgué le 26 octobre 2001 est particulièrement éclairant, parce qu'il porte atteinte à des libertés, sans prévenir à l'avance clairement desquelles il s'agit. Ce texte permet par exemple aux autorités fédérales (F.B.I.) – par simple mandat, fort peu motivé<sup>6</sup> – d'accéder, dans tout type d'institution, à tous documents tels que « les livres, registres, papiers, [...] et autres éléments dans le cadre d'une enquête visant à protéger contre le terrorisme international »<sup>7</sup>. Or, une telle mesure a pour conséquence de violer les dispositions du IV<sup>e</sup> amendement, lequel dispose que « le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé »<sup>8</sup>. Il précise encore qu'un mandat ne peut être délivré « si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration, ni sans que le mandat décrive particulièrement le lieu à perquisitionner et les personnes ou les choses à saisir »<sup>9</sup>. Le danger de cette législation ne réside pas en ce qu'elle restreint certaines libertés. En effet, toute loi d'exception doit, dans son principe même, pouvoir s'affranchir de certaines règles afin d'être en mesure d'agir avec célérité et efficacité. Son risque se situe plutôt dans le fait qu'en portant atteinte à des libertés au gré des situations et des buts à accomplir, sans préciser ni à l'avance, ni explicitement à quels droits elle entend imposer des restrictions, elle entraîne une réelle insécurité juridique. Ce manque de sécurité est perceptible à deux égards. D'abord, ces pouvoirs de crise s'opposent à l'idée selon laquelle « Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables. »<sup>10</sup> Ensuite, cette sécurité renvoie à la qualité de la loi, dont émerge le principe d'intelligibilité impliquant – à l'opposé de ces mêmes pouvoirs – « la lisibilité autant que la

---

<sup>3</sup> J.-L. Carrère *et al.*, *Évolutions stratégiques des États-Unis : quelles conséquences pour la France et pour l'Europe ?*, rapport d'information du Sénat n° 708, 9 juillet 2014, p. 26.

<sup>4</sup> M. Carpentier, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 77

<sup>5</sup> Le terme renvoie à l'acronyme suivant : *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

<sup>6</sup> États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001, section 215 : le mandat doit simplement se fonder sur la volonté « d'obtenir des informations de renseignements étrangers ne concernant pas une personne des États-Unis, ou pour protéger contre le terrorisme international ou les activités clandestines de renseignement ».

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, IV<sup>e</sup> amendement.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 282.

clarté et la précision des énoncés »<sup>11</sup>. Ces deux principes sont essentiels car ils forment l'assise de la sécurité juridique. Or, cette dernière, justement, « constitue l'un des fondements de l'État de droit »<sup>12</sup>. Ainsi, cette conception américaine des pouvoirs d'exception – s'émancipant des règles de compétence prévues par la loi et portant atteinte aux droits de façon imprévisible et peu intelligible – démontrerait à plusieurs égards un rejet de l'État de droit. Ici l'État de droit ne doit pas s'entendre au sens simplement formel d'un ordre reposant sur le respect de la hiérarchie des normes, mais bien en un sens substantiel, c'est-à-dire comme un ordre cherchant à garantir la sécurité juridique autant que les libertés fondamentales reconnues aux individus<sup>13</sup>, en soumettant l'autorité étatique à leur respect.

D'un autre côté, la conception française peut sembler s'opposer aux mots de *l'Encyclopédie*, se plaçant alors à l'inverse du positionnement américain. Autrement dit, son approche des pouvoirs exceptionnels apparaît plus conforme à l'État de droit, car ces derniers, autant sous l'angle de la compétence que de l'atteinte portée aux droits et libertés, semblent intégralement et rigoureusement soumis aux lois posées par l'État. Pour se placer dans une perspective purement comparative en termes de type de norme, on peut se référer à l'état de siège. Si on s'attache d'abord aux règles de compétence imposées par le droit, celles-ci sont bien plus claires que dans le cadre américain, et les autorités étatiques semblent clairement s'y conformer. L'état de siège illustre effectivement une telle clarté puisque la Constitution prévoit que son déclenchement procède du pouvoir exécutif<sup>14</sup>, et sa prorogation du pouvoir législatif<sup>15</sup>. Si on aborde ensuite les mesures pouvant porter atteinte aux libertés, celles-ci démontrent encore une précision bien plus rassurante que dans le droit américain. En effet, le Code de la défense énumère à l'avance, de façon explicite et limitative, les libertés auxquelles l'autorité militaire peut déroger. En vertu de l'article L. 2121-7 du Code de la défense, elle peut en effet procéder à « des perquisitions domiciliaires de jour et de nuit »<sup>16</sup>, ou « éloigner toute personne ayant fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour crime ou délit et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège »<sup>17</sup>. Elle peut encore « ordonner la remise des armes et munitions, et procéder à leur recherche et à leur enlèvement »<sup>18</sup>, et enfin « interdire les publications et les réunions qu'elle

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Sur cette approche substantielle de l'État de droit, voir : J. Chevallier, *L'État de droit*, 6e édition, L.G.D.J., 2017.

<sup>14</sup> France, *Constitution de la V<sup>e</sup> République*, 4 octobre 1958, art. 36, al. 1 : « L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. »

<sup>15</sup> *Ibid.*, al. 2 : « Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement. »

<sup>16</sup> France, *Code de la défense*, art. L. 2121-7.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

juge de nature à menacer l'ordre public »<sup>19</sup>. Contrairement à l'approche américaine, cette énumération semble protectrice des droits et libertés, puisque la loi précise que « Nonobstant l'état de siège, l'ensemble des droits garantis par la Constitution continue de s'exercer, lorsque leur jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents. »<sup>20</sup> Finalement, alors que les pouvoirs exceptionnels américains semblent pouvoir procéder, à cause de l'imprécision de la loi, à la suspension de tous droits, en France, « les suspensions des garanties et droits accordés par la Constitution [...] sont encadrées »<sup>21</sup>. La sécurité juridique y semble donc plus perceptible, notamment en vertu du respect des principes de prévisibilité et d'intelligibilité de la loi, invitant à déduire que l'approche française s'inscrirait bien davantage dans le cadre de l'État de droit.

Mais au-delà des apparences théoriques, il est nécessaire d'observer la réalité concrète. À cet égard, il faut opérer un double constat. D'une part, il doit être relevé que depuis la promulgation de la loi de 1878<sup>22</sup>, l'état de siège n'a été mis en œuvre que deux fois, de 1914 à 1918, puis assez brièvement en 1939. D'autre part, il faut remarquer que la modalité la plus courante de gestion des situations exceptionnelles, en France, est incarnée par l'état d'urgence prévu au sein de la loi du 3 avril 1955, et non par l'état de siège. Or, la mise en œuvre récente de cette loi, autant que ses modifications successives, démontrent un incontestable rapprochement avec l'insécurité juridique produite par les pouvoirs de crise américains. Cette ressemblance est particulièrement visible et intéressante à propos des atteintes aux droits et libertés<sup>23</sup>. En effet, il semble que ce texte, comme l'*USA PATRIOT Act*, procède à de larges restrictions de libertés sans pourtant préciser desquelles il s'agit, et sans que ces restrictions soient limitées dans leur champ d'action. Le régime de l'état d'urgence, à ce titre, semble engendrer une imprévisibilité et une absence de limitation précise dans l'atteinte aux libertés. À titre d'illustration, le régime de l'urgence tel qu'issu de la loi du 20 novembre 2015 modifie l'article 6 de la loi de 1955. En plus de pouvoir prononcer l'assignation à résidence, le ministre de l'Intérieur peut désormais contraindre la personne concernée à « se présenter périodiquement

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*, art. L. 2121-8.

<sup>21</sup> C. Bigaut, « Les suspensions de la Constitution : les régimes dérogatoires aux dispositions constitutionnelles – les suspensions provisoires de la Constitution », *La Revue administrative*, n° 325, 55<sup>e</sup> année, 2002, p. 54.

<sup>22</sup> France, *Loi relative à l'état de siège*, 3 avril 1878. Cette loi remplace celle de 1849 qui avait initialement institué l'état de siège. Le texte de 1878 est plus précis que celui du 9 août 1849, notamment concernant les conditions permettant le déclenchement de l'état de siège.

<sup>23</sup> En revanche, concernant les compétences prévues par le droit, et autorisant tel ou tel organe à prendre des mesures d'exception, il faut noter qu'un rapprochement n'est pas visible, puisque la loi de 1955 désigne clairement les autorités habilitées à prendre les mesures prévues par le texte, contrairement au droit américain. Plus encore, ce point n'a que peu d'intérêt concernant les atteintes aux libertés en l'espèce, car il renvoie à des règles procédurales.

aux services de police ou aux unités de gendarmerie »<sup>24</sup> et « selon une fréquence qu'il détermine dans la limite de trois présentations par jour »<sup>25</sup>. Par sa fréquence, une telle obligation de présentation, au-delà de porter atteinte à la liberté d'aller et venir, peut encore restreindre fortement la liberté du travail. Pourtant, le droit à l'emploi est très explicitement protégé par le Préambule de 1946<sup>26</sup>, autant que la liberté du travail par les Sages de la rue de Montpensier<sup>27</sup>. Mais aucune disposition du texte 1955 ne permet finalement de prévoir avec précision quelles libertés peuvent concrètement faire l'objet de restrictions. Ainsi, à l'instar du droit américain, ce texte semble contrevenir aux principes de prévisibilité mais aussi d'intelligibilité de la loi, tous deux essentiels à la sécurité juridique<sup>28</sup>. Cette insécurité juridique est elle-même préjudiciable à l'État de droit.

Finalement, la conception française des pouvoirs de crise apparaît confuse puisqu'elle démontre un attachement, mais également un rejet vis-à-vis de l'État de droit, en fonction du type de pouvoir qu'elle met en œuvre. Cette dernière tendance est particulièrement visible depuis les années 2000, c'est-à-dire concomitamment à la résurgence d'une conception très radicale des pouvoirs de crise au sein du droit américain. À ce titre, il apparaît essentiel de déterminer si les réponses actuelles du droit français face à la menace terroriste sont influencées par le précédent américain, lui-même préjudiciable à l'État de droit. Autrement dit, les pouvoirs d'exception actuels, en France, révèlent-ils une américanisation du droit des états de crise ?

D'un côté, plusieurs traits des pouvoirs de crise français actuels démontrent un rapprochement vis-à-vis de certains aspects de la conception américaine (I). Mais d'un autre côté, le droit français demeure fortement ancré dans ses aspirations propres (II).

## I. UNE AMÉRICANISATION DES POUVOIRS DE CRISE PRÉJUDICIALE A L'ÉTAT DE DROIT

Deux éléments illustrent que comme dans la perspective américaine, le droit français privilégie une conception radicale des pouvoirs de crise, préjudiciable à

---

<sup>24</sup> France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955 (telle que modifiée par la loi du 20 novembre 2015), art. 6.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> France, *Préambule de la Constitution*, 27 octobre 1946, art. 5 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. »

<sup>27</sup> Voir en ce sens : C.C., 28 mai 1983, n° 83-156, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* (à propos du principe de la liberté professionnelle et le droit d'obtenir un emploi) ; C.C., 16 janvier 1986, n° 85-200, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité* (sur la notion de droit au travail) ; C.C. 13 janvier 2005, n° 2004-509, *Loi de programmation pour la cohésion sociale* (concernant le droit à l'emploi).

<sup>28</sup> Sur les notions de prévisibilité et d'intelligibilité (cette dernière est recoupée dans l'idée de qualité de la loi), voir : *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 281-283.

l'État de droit. Il s'agit de la soumission des contrepuvoirs, en particulier législatif, face à la légitimité accrue de l'Exécutif (A), et de l'insertion des pouvoirs de crise au sein des normes applicables aux temps normaux (B).

### A. L'INFLECHISSEMENT DES CONTREPOUVOIRS

Dès lors que la présence de contrepuvoirs actifs apparaît comme l'un des fondements de l'État de droit (1), l'effacement du contrôle parlementaire des pouvoirs de crise traduit mécaniquement un infléchissement de ce paradigme protecteur de libertés (2).

#### 1. UNE SEPARATION DES POUVOIRS NECESSAIRE A LA PRESERVATION DE L'ÉTAT DE DROIT

La séparation des pouvoirs, dont découlent des contrepuvoirs permettant la stabilité étatique, apparaît comme un élément fondamental de l'État de droit. Ainsi, dès 1787, les rédacteurs du *Fédéraliste* constatent que pour éviter toute concentration de pouvoirs préjudiciable aux libertés, il faut nécessairement que les membres de chaque organe soient « aussi peu dépendants que possible de ceux des autres »<sup>29</sup> organes. Il faut encore que « les membres de chacun [des départements du pouvoir] aient le moins d'influence possible sur la nomination des membres des autres pouvoirs »<sup>30</sup>. Une telle séparation ne peut éviter la concentration de pouvoirs en un seul organe que si elle prévoit des systèmes de contrepuvoirs, et c'est en un tel sens que James Madison constate que la séparation des pouvoirs « n'exclut pas leur contrôle réciproque »<sup>31</sup>. Bien au contraire, dans l'esprit des rédacteurs du texte constitutionnel de 1787, l'intensité des pouvoirs exécutifs ne peut être légitime que si ces derniers trouvent, face à eux, un organe capable d'agir comme une « garantie [...] contre une concentration progressive des différents pouvoirs dans le même département »<sup>32</sup>. De même, les conceptions juridiques françaises convergent – de longue date – dans le sens d'une séparation des pouvoirs conçue comme l'un des fondements de l'État de droit. Les célèbres prescriptions de Montesquieu vont en ce sens lorsqu'il affirme que « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient [l]es trois pouvoirs. »<sup>33</sup> En effet, dans l'hypothèse d'une telle concentration, la liberté des individus –

---

<sup>29</sup> A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Le Fédéraliste*, nouvelle édition, Economica, 1988, p. 429.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 408-415.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 430.

<sup>33</sup> C. de S. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 113.

que Montesquieu rattache en l'occurrence à la sûreté – ne serait plus garantie, mais sujette à la volonté souveraine d'un unique décideur. On se dirigerait alors à l'opposé d'un régime dont les normes visent à garantir la jouissance de libertés, pour approcher de celui où une autorité unique agit arbitrairement sans soumettre son action au droit. Autrement dit, une telle concentration s'opposerait à la conception de l'État de droit. Une séparation des pouvoirs est donc nécessaire, elle celle-ci ne peut être garante de l'État de droit que si elle est combinée avec des contrôles réciproques, des contrepouvoirs. C'est en ce sens que Jean et Jean-Éric Gicquel notent qu'au-delà d'une séparation des pouvoirs, la conception de Montesquieu s'attache surtout à définir un système où les organes étatiques peuvent, « en tant que besoin, s'annihiler »<sup>34</sup>. Ainsi, de tout point de vue, le principe d'une séparation des pouvoirs combinée à des contrôles mutuels est favorable à la préservation de l'État de droit. À l'inverse, l'affaiblissement d'un contrepouvoir renvoie à un infléchissement de l'État de droit.

## 2. L'EFFACEMENT DU CONTROLE PARLEMENTAIRE

Dans le contexte de risque terroriste actuel, c'est précisément cette hypothèse d'affaiblissement que le droit américain concrétise, et dont le droit français s'approche, dans le cadre du contrôle parlementaire des pouvoirs d'exception mis en œuvre par l'Exécutif. En effet, le phénomène terroriste se caractérise aujourd'hui par une violence accrue et un risque durable. Ces deux éléments promeuvent une menace d'une intensité inédite, à laquelle il faut nécessairement appliquer des pouvoirs proportionnés, adaptés au danger qu'il représente. Face à cette légitimité croissante des pouvoirs de crise radicalisés, le contrôle parlementaire exercé sur de tels pouvoirs semble lui – du moins dans le discours politique – perdre en justification et en pertinence. En effet, un examen trop rigoureux des pouvoirs de crise pourrait finalement ralentir, entraver ou amoindrir leur action, alors que le risque terroriste interdit tout manque d'ardeur ou de détermination. Tout contrôle, toute restriction potentielle des pouvoirs de crise sont ici interprétés comme un frein à leur efficacité. Face à une telle situation, on peut reprendre les mots de Guy Carcassonne, et les élargir au constitutionnalisme américain pour affirmer que les assemblées, si elles ont toujours eu beaucoup de pouvoirs, ne sont jamais parvenues à les saisir pleinement<sup>35</sup>. L'absence de contrôle parlementaire est particulièrement visible, aux États-Unis, au travers de la résolution conjointe du Congrès en date du 14 septembre 2001. Le texte, de façon très explicite, fait preuve d'une déférence

<sup>34</sup> J. et J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., 2016, p. 156.

<sup>35</sup> *La V<sup>e</sup> République en débat*, colloque organisé par Sciences Po, la Documentation française et la revue *Pouvoirs*, le 27 septembre 2008, pour le cinquantième anniversaire de la Constitution de 1958, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/La-Ve-republique-en-debat.html>].

absolue envers l'Exécutif, tant à propos de la désignation du titulaire des pouvoirs de crise, que concernant le contrôle de l'intensité de ces pouvoirs eux-mêmes. Le Congrès considère en effet qu'en vertu de la Constitution<sup>36</sup>, seul « le président a autorité pour agir et prévenir les actes de terrorisme international visant les États-Unis »<sup>37</sup>. Plus encore, cet organe fait preuve d'une forme d'autocensure. Il refuse de contrôler l'action du chef d'État en le laissant libre d'« user de la force nécessaire et appropriée à l'encontre de toute nation, organisation ou personne dont il aura déterminé qu'elles auront planifié, permis, commis ou favorisé les attaques terroristes »<sup>38</sup>. Pourtant, le Congrès américain dispose, indéniablement, d'outils permettant de « contrôle[r] efficacement »<sup>39</sup> l'Exécutif, en l'obligeant par exemple à se justifier de la politique qu'il compte mettre en œuvre, lui permettant de s'affirmer comme une réelle « puissance face au président »<sup>40</sup>. Le contexte français récent semble influencé par cette idée selon laquelle la légitimité accrue des pouvoirs de crise tend à justifier un effacement de leur contrôle par l'organe législatif. Ainsi, si « l'état d'urgence, au soir du 13 novembre, se justifiait pleinement »<sup>41</sup>, ses reconductions successives par les Chambres démontrent parfois davantage une soumission aux volontés de l'Exécutif qu'une prolongation justifiée par la satisfaction des critères de péril imminent ou de calamité publique, prévus par l'article premier de la loi d'avril 1955. Plus encore, la loi prorogative de l'état d'urgence en date du 20 novembre 2015 – et plus exactement les conditions dans lesquelles elle a été votée – illustrent cet affaiblissement. En effet, se rendant au Sénat pour y présenter ladite loi, le Premier ministre Manuel Valls déclare très explicitement aux parlementaires que le plein exercice de leur pouvoir de contrôle pourrait affaiblir l'efficacité des pouvoirs d'exception. Il affirme en ce sens : « afin [...] de donner aux forces de l'ordre, aux forces de sécurité et à la justice tous les moyens de poursuivre ceux qui représentent un danger pour la nation, pour la République et pour les Français »<sup>42</sup>, il est nécessaire de renoncer à l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité de la loi concernée, car « il est toujours risqué de saisir le Conseil constitutionnel »<sup>43</sup>. Ainsi, tout en déclarant que « certaines mesures, y compris parmi celles qui ont été votées hier à l'Assemblée nationale

---

<sup>36</sup> Juridiquement, la Constitution ne confère pas explicitement au président le pouvoir d'agir lors des situations de crise. Le texte manque de clarté. En vertu de la section 9 de son article I<sup>er</sup>, il permet de prendre des mesures d'urgence, mais ne désigne aucun titulaire précis.

<sup>37</sup> États-Unis, *Résolution conjointe du Congrès*, 14 septembre 2001.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> P. Ardant, B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22e édition, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 328.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> G. Fenech, S. Pietrasanta, *Rapport au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*, t.1, n° 3922, 5 juillet 2016, p. 262.

<sup>42</sup> *JORF*, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11148.

<sup>43</sup> *Ibid.*

[...] présentent une fragilité constitutionnelle »<sup>44</sup>, le Premier ministre exhortait les parlementaires à ne pas user des compétences de contrôle qu'ils tirent de l'article 61 de la Constitution<sup>45</sup>. L'attitude des parlementaires, concernant cette possibilité de saisine et dans le cadre précis de l'état d'urgence actuel, démontre une forme de docilité face à l'exécutif, comme dans le cadre américain. Clairement, l'intensité inédite du danger que recouvre le terrorisme actuel – compris comme « guerre [...] de longue haleine »<sup>46</sup> – incite à un renforcement des pouvoirs de crise, et à une volonté d'enlever toute justification à leur contrôle, quand bien même ces pouvoirs porteraient une grave atteinte aux libertés protégées par la loi fondamentale. C'est à ce titre que l'État de droit peut être, ici aussi, mis en péril. Pourtant, à l'instar du droit américain de nouveau, le droit français dote l'organe législatif de véritables moyens de contrôler l'action gouvernementale<sup>47</sup>. Ce peut être mis en œuvre par la Constitution, avec par exemple le temps parlementaire réservé au contrôle du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques<sup>48</sup>, les questions des parlementaires<sup>49</sup>, ou encore les Commissions d'enquête<sup>50</sup>. Cela peut également se faire par la norme législative, avec par exemple les lois du 20 novembre 2015 et du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence<sup>51</sup>, qui s'évertuent à renforcer l'implication des parlementaires dans le contrôle – en temps réel – des pouvoirs d'urgence.

Il n'est pas question de déduire de ces quelques comparaisons une influence absolue du droit américain, ni une correspondance parfaite du droit français vis-à-vis de lui. Cependant, on relèvera que l'absence prolongée du contrôle congressionnel américain, ainsi que le refus de cet organe de légiférer de façon indépendante quant aux pouvoirs de crise, ont favorisé l'émergence des mémorandums de l'administration de George W. Bush entre 2002 et 2005. Il s'agit de documents rédigés par le Gouvernement américain, ayant force de loi, et visant à conférer un cadre légal aux plus contestables actions menées contre le terrorisme. C'est au travers de ces documents que les techniques de torture telles que le *waterboarding* ont pu trouver un fondement légal. Incontestablement,

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> France, Constitution, 4 octobre 1958, art. 61, al. 2 : « Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. »

<sup>46</sup> *JORF*, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11148.

<sup>47</sup> Voir en ce sens : P. Ardant, B. Mathieu, *op. cit.*, p. 574-585.

<sup>48</sup> France, Constitution, 4 octobre 1958, art. 24, 48.

<sup>49</sup> *Ibid.*, art. 48.

<sup>50</sup> *Ibid.*, art. 51-2.

<sup>51</sup> Dans le cadre précis de l'état d'urgence, la loi du 20 novembre 2015 ajoute à la loi du 3 avril 1955 un article 4-1 qui oblige le Gouvernement à avertir l'Assemblée nationale et le Sénat, immédiatement, « des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence ». En vertu de ce même article, le Parlement peut également « requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». Par ailleurs, la loi du 21 juillet 2016 oblige les autorités administratives à transmettre « sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi ».

l'effacement de l'organe parlementaire favorise la violation de l'État de droit. En revanche, on peut suggérer qu'un examen rigoureux de ces mémorandums par ce même organe aurait – sinon empêché – pu amoindrir cet infléchissement de l'État de droit.

## B. LA NORMALISATION TEMPORELLE DES POUVOIRS D'EXCEPTION

La préservation de l'État de droit suppose qu'en cas de situation exceptionnelle, les atteintes pouvant lui être portées soient temporaires (1). À l'inverse, toute prolongation de ces atteintes met en péril un tel paradigme (2).

### 1. UNE BRIEVETE D'ACTION NECESSAIRE A LA PRESERVATION DE L'ÉTAT DE DROIT

Le principe d'une garantie égalitaire et permanente de libertés permet, comme la notion de contre-pouvoir, de produire une stabilité étatique. Assurée par la loi positive, cette garantie est un autre élément fondamental de l'État de droit. Face à cet impératif, les pouvoirs de crise ne peuvent être compatibles avec l'État de droit que s'ils ne portent atteinte que temporairement à ce principe. En effet, cette garantie de libertés au plus grand nombre, de façon permanente, produit une égalité qui empêche le corps social de se diviser en factions opposées les unes aux autres, produisant une certaine stabilité étatique. À l'inverse, une atteinte durable à ces garanties pourrait produire une inégalité fédérant des entités distinctes, communautarisées, et opposées entre elles, produisant une instabilité au sein du corps social. Le paradigme de l'État de droit serait alors vidé de sa substance à cause d'un irrespect prolongé des règles auxquelles il soumet l'action étatique, rendant difficile son rétablissement. Le constitutionnaliste américain Bruce Ackerman explique que l'État de droit institué à partir de la Constitution de 1787 tient sa pérennité d'une garantie égalitaire et permanente de libertés. Par conséquent, la préservation de ce paradigme exige que les pouvoirs d'exception – devant nécessairement rompre avec de telles garanties afin d'agir efficacement – s'empêchent par exemple de « porter atteinte aux libertés individuelles [de certains] sur le long terme »<sup>52</sup>, sans quoi le principe permettant la pérennité de l'État de droit serait en péril. Les conceptions françaises sont très proches d'un tel point de vue. Ainsi, Montesquieu voit en la garantie de libertés au peuple le moyen d'inscrire la construction étatique dans le temps. Par conséquent, il n'adhère aux pouvoirs de crise que si ceux-ci ne portent que pour

---

<sup>52</sup> B. Ackerman, « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, n° 113, 2004, p. 1037.

une courte durée atteinte à cette notion de garantie. S'il admet par exemple la nécessité de suspendre l'*habeas corpus* dans certaines situations, le fait qu'il « ne soit suspendu que pour un moment est essentiel à [son] jugement favorable sur cette pratique »<sup>53</sup>. Dans une perspective plus contemporaine, Bernard Manin souligne que « le principe selon lequel le pouvoir d'exception doit être limité dans le temps compte également dans [la] tradition juridique [...] du républicanisme moderne français »<sup>54</sup>. En revanche, un « état d'urgence permanent »<sup>55</sup> interrogerait nécessairement sur sa propre compatibilité avec « le grand message humaniste que porte la France depuis 1789 »<sup>56</sup>. Ainsi, de tout point de vue, l'État de droit perdure lorsque ce principe d'une garantie la plus égalitaire et la plus durable possible de libertés est respecté. Cet État de droit ne peut donc se préserver dans le temps que si les pouvoirs de crise ne portent que faiblement atteinte à son principe de continuité, en s'empêchant de le vider de sa substance. Il semble pourtant que les pouvoirs de crise actuels conduisent à des restrictions de plus en plus prolongées de libertés, en l'occurrence par l'insertion de leurs dispositions au sein du droit commun.

## 2. L'INSERTION DES POUVOIRS DE CRISE DANS LA LEGISLATION ORDINAIRE

Par normalisation temporelle des pouvoirs d'exception, il faut entendre l'idée selon laquelle ces pouvoirs quittent la sphère de la norme extraordinaire, pour intégrer celle relevant des temps ordinaires, c'est-à-dire le droit commun. Les pouvoirs de crise relèvent logiquement de normes applicables pour une courte durée, puisque ces dernières sont mises en œuvre en cas de crises elles-mêmes caractérisées par leur brièveté. Mais il apparaît que les situations exceptionnelles récentes – au sens du terrorisme actuel – procèdent d'une temporalité de plus en plus étendue. Face à ce constat, le droit américain s'est adapté et « l'extension des pouvoirs de l'Exécutif pour faire face au terrorisme a [alors] pris la forme de l'adoption de lois régulières, et non pas de pouvoirs exceptionnels »<sup>57</sup>. En ce sens, l'*USA PATRIOT Act* de 2001 possède les traits d'une loi relevant des temps ordinaires, bien que ce texte soit destiné à lutter contre l'exception produite par les attentats du 11 septembre 2001. En effet, les clauses d'expiration de ce texte devaient normalement permettre l'extinction des

---

<sup>53</sup> B. Manin, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 8.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>55</sup> P. Cassia, « Emmanuel Macron et l'état d'urgence : stop ou encore ? », *Le blog de Paul Cassia*, 8 mai 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080517/emmanuel-macron-et-l-etat-d-urgence-stop-ou-encore>].

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> M. Carpentier, *loc. cit.*, p. 87.

mesures d'exception après une certaine durée<sup>58</sup>. Mais d'une part, on notera que cette expiration ne pouvait avoir lieu avant quatre ans<sup>59</sup>, et que ces clauses n'avaient d'effet que sur une quinzaine<sup>60</sup> d'articles d'une législation en comportant plusieurs centaines. D'autre part, on relèvera que « la plupart des clauses expirant en 2005 au titre de la section 224 ont été prolongées indéfiniment »<sup>61</sup> par le *PATRIOT Act improvement and Reauthorization Act* signé le 9 mars 2006<sup>62</sup> par le président américain de l'époque. Le droit français procède d'une même logique. Comme dans le droit américain en effet, « on ne compte plus les mesures législatives provisoires pérennisées ni celles circonscrites à une situation dont le périmètre a été élargi au gré des préoccupations politiques »<sup>63</sup>. Cette volonté d'insertion des pouvoirs exceptionnels au sein de la loi ordinaire est d'une clarté totale dans la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, promulgué il y a peu. Si on ne connaît pas encore les conséquences concrètes de ce texte, il faut néanmoins constater que sur bien des points, il procède à l'insertion des mesures d'exception de la loi du 3 avril 1955 au sein d'une législation ayant vocation à s'appliquer de façon permanente. Deux mesures – parmi les plus restrictives de libertés – issues de la loi de 1955 peuvent être soulignées. Premièrement, l'article 3 de cette loi de 2017 donne au ministre de l'Intérieur le pouvoir de contraindre un individu à « ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé »<sup>64</sup>, et à se « présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie »<sup>65</sup>. Une telle mesure ressemble, bien qu'avec moins d'ardeur<sup>66</sup>, à l'assignation à résidence prévue par la loi de 1955. Cette proximité est d'autant plus vraie que ce pouvoir est conféré au ministre de l'Intérieur dans les deux cas, et que la prise de décision se fonde sur les mêmes motifs. Ainsi, le texte de 2017 autorise une telle mesure à l'encontre de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre

---

<sup>58</sup> États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001, section 224.

<sup>59</sup> *Ibid.* : les effets des certaines dispositions du Titre II de la loi (*Procédures de surveillance améliorées*) doivent « cesser au 31 décembre 2005 » (notre traduction).

<sup>60</sup> *Ibid.* : sur les 25 articles du Titre II, 24 concernent des mesures de surveillance. Sur ces 24 articles, une dizaine n'est pas concernée par la clause d'expiration (il s'agit des articles 203(a), 203(c), 205, 208, 210, 211, 213, 216, 219, 221, et 222).

<sup>61</sup> M. Carpentier, *loc. cit.*, p. 87.

<sup>62</sup> États-Unis, *PATRIOT Act improvement and Reauthorization Act*, 9 mars 2006, section 103 : « prorogation du délai d'expiration [...] » (notre traduction).

<sup>63</sup> J.-B. Jacquin, « Ce que des juristes reprochent au projet de loi de sortie de l'état d'urgence », *Le Monde*, 18 juillet 2017.

<sup>64</sup> France, *Loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 30 octobre 2017, art. 3, 2.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> J.-B. Jacquin, *loc. cit.* : « l'assignation ne sera plus “à résidence” mais à l'échelle d'une commune » ; P. Cassia, *loc. cit.* : les « mesures individuelles de surveillance équivalent à des assignations à résidence “light” ».

publics »<sup>67</sup>, quand celui de 1955 dispose que l'assignation à résidence peut être prononcée contre la personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »<sup>68</sup>. Ces deux textes se caractérisent, là encore d'une même manière, par l'absence du juge judiciaire dans le cadre de cette mesure fortement restrictive de libertés. Or, si cette absence peut se justifier par la nécessité d'urgence à laquelle sont confrontées les dispositions de la législation d'exception, elle contrevient aux principes applicables aux normes relevant des temps normaux<sup>69</sup>. Secondement, l'article 4 du texte de 2017 prévoit des mesures de « visites et saisies ». Concrètement, elles permettent « la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent »<sup>70</sup>. Cette disposition est proche de la perquisition administrative de la loi de 1955, notamment dans la motivation des mesures<sup>71</sup> et concernant la durée de conservation des données saisies<sup>72</sup>. Mais elle s'en distingue néanmoins sur deux points. D'une part, ces mesures ne peuvent s'enclencher que par une ordonnance écrite et motivée – et après avis du procureur de la République de Paris – « du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris »<sup>73</sup>,

---

<sup>67</sup> France, *Loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 30 octobre 2017, art. 3, 2. On ajoutera qu'il faut également que la personne « soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutien[ne], diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ».

<sup>68</sup> France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 6, al. 1.

<sup>69</sup> Certes, le Conseil constitutionnel a estimé, dans une décision du 22 décembre 2015 (C.C., 22 décembre 2015, n° 2015-527, QPC, M. Cédric D. [*Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence*]), que l'assignation à résidence prévue par la loi de 1955 renvoyait à une restriction et non à une privation de liberté individuelle, justifiant que soit écartée l'intervention du juge judiciaire. Cependant, dans le cadre de la situation normale, son absence suscite le débat sur deux points au moins. En effet, d'une part, cette mesure suppose de restreindre fortement – en période non exceptionnelle – la liberté d'aller et venir d'une personne vis-à-vis de laquelle aucune infraction n'a clairement été constatée. D'autre part, le Conseil constitutionnel a précisé dans cette décision, que « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ». Si la loi de 2017 n'assigne pas l'individu concerné dans un espace aussi restreint que celui prévu par la loi de 1955, aucune durée journalière maximale ne semble à l'heure actuelle prévue, de sorte que cette restriction de libertés pourrait être interprétée comme une mesure privative relevant alors de la compétence du juge judiciaire.

<sup>70</sup> France, *Loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 30 octobre 2017, art. 4, I.

<sup>71</sup> En dehors de quelques nuances, les deux textes renvoient à l'idée que la mesure de visite et saisie, ou la perquisition administrative, sont justifiées lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics.

<sup>72</sup> Les deux textes imposent une destruction des données après trois mois, avec la possibilité d'un renouvellement de la même durée en cas de difficulté d'exploitation. Cette prorogation dépend du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris pour la loi de 2017 (art. 4), et du juge des référés pour la loi de 1955 (art. 11, al. 8 et 9).

<sup>73</sup> France, *Loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 30 octobre 2017, art. 4, I. Le juge agit lui-même sur saisine motivée du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police.

alors que la loi portant sur l'état d'urgence ne le fait pas intervenir. D'autre part, ces mesures sont initiées par le représentant de l'État ou le préfet de police – qui saisit ce juge –, alors que le texte de 1955 confère l'initiative de la perquisition au ministre de l'Intérieur et au préfet. Ces quelques différences n'empêchent pas de constater que « la philosophie de la loi sur l'état d'urgence est [...] bel et bien transposée dans le droit commun »<sup>74</sup>. De fait, comme dans la législation d'exception de 1955, on ne peut que constater l'absence presque totale du juge judiciaire, la mise en œuvre de mesures restrictives de libertés davantage fondées sur des suspicions que sur des éléments concrets ayant fait l'objet d'investigation et d'instruction, ou bien encore l'omniprésence de l'Exécutif, autant que la faiblesse du contrôle de ses actions. Mais, à la différence des dispositions prévues par la loi de 1955, il s'agit là de mesures applicables en temps normal, c'est-à-dire de façon permanente.

De tout point de vue, l'adaptation des pouvoirs de crise à la temporalité extensive de la menace terroriste actuelle provoque un « effacement des limites temporelles »<sup>75</sup>, normalement indissociables de tels pouvoirs et permettant leur compatibilité avec l'État de droit. Le risque d'une telle adaptation est que les « lois produites pour faire face à l'urgence soient incrustées dans le système juridique normal, principalement en promulguant, sous couvert de l'urgence, des changements permanents dans le système »<sup>76</sup>. Cependant, il est nécessaire de constater que le droit français n'est pas uniquement caractérisé par une influence inconditionnelle du droit américain. Il conserve en effet des spécificités propres, visant à préserver l'État de droit dans le cadre des situations exceptionnelles.

## II. UNE CONCEPTION FRANÇAISE DES POUVOIRS DE CRISE FAVORABLE A L'ÉTAT DE DROIT

Le droit français ne peut être défini comme un ordre normatif entièrement américanisé. De fait, il possède des spécificités immuables propres à préserver l'État de droit malgré la menace terroriste actuelle. Cette préservation est visible au travers du refus de faire de la distinction identitaire un moyen de lutte contre le terrorisme (A), et aussi par le caractère protecteur du contrôle de constitutionnalité (B).

---

<sup>74</sup> P. Cassia, *loc. cit.*

<sup>75</sup> M. Carpentier, *loc. cit.*, p. 87.

<sup>76</sup> J. Ferejohn, Pasquale Pasquino, « The law of the exception : a typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 219.

## A. UN REFUS DE DISTINCTION IDENTITAIRE CONFORME A L'ÉTAT DE DROIT

Alors que le droit américain, au contact de la menace terroriste, s'écarte de l'État de droit pour produire des normes discriminatoires (1), le droit français y demeure fidèle en refusant de déroger, même au sein des pires crises, au principe d'égalité qui le caractérise (2).

### I. UNE LUTTE ANTITERRORISTE DETERMINEE PAR L'ORIGINE NATIONALE EN DROIT AMERICAIN

À partir d'un certain degré d'antagonisme, toute opposition tend à radicaliser la relation de ses protagonistes. En effet, lorsque cette opposition atteint le stade où ces protagonistes voient leurs adversaires comme mettant en péril leur existence vitale, on passe du stade de simples opposants à ce que Carl Schmitt nomme la « distinction de l'ami et de l'ennemi »<sup>77</sup>, cherchant à se distinguer les uns des autres afin de s'éliminer. Comme l'explique d'ailleurs Julien Freund, la dualité entre ami et ennemi prend tout son sens lorsqu'est posé « le problème de la vie et de la mort »<sup>78</sup>. À la suite des attentats du 11 septembre 2001, la politique américaine, mais aussi le droit, semblent avoir intégré cette conception à la lettre, puisque face au danger de mort que représente la menace terroriste, ils se sont engagés dans une distinction de l'ami par rapport à l'ennemi, permettant la discrimination de ce dernier puis son élimination. Ainsi, d'une part, les déclarations de G.W. Bush telles que : « soit vous êtes avec nous, soit vous êtes contre nous »<sup>79</sup>, démontrent une radicalité supposant de distinguer deux sphères ne pouvant être qu'opposées l'une à l'autre. De même, la distinction entre amis et ennemis est tout à fait perceptible lorsqu'il explique que les États-Unis, ainsi que ses « amis et alliés »<sup>80</sup> doivent s'unir pour « faire justice à [leurs] ennemis »<sup>81</sup>. D'autre part, et au-delà de la volonté politique, le droit traduit une même tendance discriminatoire. Ainsi, l'ordonnance du 13 novembre 2001, instituant les commissions militaires, doit se comprendre comme un outil de lutte contre le terrorisme fonctionnant à travers une discrimination identitaire de l'ennemi. En effet, ces commissions mettent en œuvre la détention, le traitement

---

<sup>77</sup> C. Schmitt, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 301.

<sup>78</sup> J. Freund, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 15.

<sup>79</sup> W. Mastor, « L'état d'exception aux États-Unis : le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 69.

<sup>80</sup> G. W. Bush, Discours présidentiel depuis la Maison Blanche, 11 septembre 2001.

<sup>81</sup> G. W. Bush, Discours présidentiel devant les deux Chambres réunies du Congrès, 20 septembre 2001.

et le jugement de « certains non-citoyens dans la guerre contre le terrorisme »<sup>82</sup> en visant spécifiquement à sanctionner « tout individu qui n'est pas un citoyen des États-Unis »<sup>83</sup>. La distinction entre ami et ennemi, puis la discrimination que la volonté politique et le droit infligent à ce dernier, démontrent une atteinte évidente à l'État droit, dès lors que les organes de pouvoir doivent en principe se conformer à la protection des droits fondamentaux, parmi lesquels se trouve l'égalité des individus, notamment devant la loi, ainsi que le suggère la Déclaration du 4 juillet 1776<sup>84</sup>.

## 2. LA PRESERVATION DE L'ÉGALITÉ RÉPUBLICAINE DANS LE DROIT FRANÇAIS

À l'opposé du droit américain, le droit français demeure attaché à l'idée d'une égalité de tous devant la loi. Une telle approche suppose de renoncer à produire des normes prévoyant des mesures restrictives de libertés en fonction de l'origine nationale des individus. Ainsi, la loi de 1955 – dans sa version initiale – tout en étant critiquable à plusieurs égards, s'éloigne de la conception américaine, en renonçant à toute distinction parmi les individus. De même, les modifications récentes de cette loi – critiquables elles aussi – maintiennent le principe selon lequel « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »<sup>85</sup> peut faire l'objet des mesures prévues par le régime de l'état d'urgence. Plus encore, la très récente loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme procède à cette même indistinction, en disposant que « toute personne »<sup>86</sup> présentant une menace pour la sécurité et l'ordre publics peut par exemple faire l'objet de « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance »<sup>87</sup>. En un même sens, elle prévoit que « dans un rayon maximal de dix kilomètres autour des ports et aéroports constituant des points de passage frontaliers »<sup>88</sup> particulièrement vulnérables, « l'identité de toute personne peut être contrôlée, pour la recherche et la prévention des infractions liées à la criminalité transfrontalière »<sup>89</sup>. Si la législation française, on

---

<sup>82</sup> États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001 (notre traduction).

<sup>83</sup> *Ibid.*, art. 2 a.

<sup>84</sup> États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776 : « tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ».

<sup>85</sup> France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 5 (concernant l'interdiction de séjour dans tout ou partie du département) ; 6 (concernant l'assignation à résidence).

<sup>86</sup> France, *Loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 30 octobre 2017, art. 3, 2 (mais aussi art. 4, I ; 19).

<sup>87</sup> *Ibid.*, art. 3, 2.

<sup>88</sup> *Ibid.*, art. 19.

<sup>89</sup> *Ibid.*

l'a vu, semble subir l'influence du droit américain concernant par exemple l'insertion de pouvoirs extraordinaires au sein d'une loi relevant de la période ordinaire, il faut constater ici qu'elle demeure fortement attachée à la notion d'égalité entre individus. Sur ce point, le droit français s'inscrit dans une logique de préservation de l'État de droit, dès lors que les autorités administratives demeurent soumises, en toute situation, aux principes fondamentaux de la Déclaration de 1789, selon laquelle les hommes sont « libres et égaux en droit »<sup>90</sup>, et selon laquelle encore la loi « doit être la même pour tous »<sup>91</sup>. À cet égard, le droit français abandonne la distinction opérée par le droit américain, tentant plutôt de se conformer aux prescriptions de Carré de Malberg, pour qui « le régime de l'État de droit est conçu dans l'intérêt des citoyens et a pour but spécial de les prémunir et de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques »<sup>92</sup>. Outre le maintien de cette égalité républicaine, le droit français demeure fidèle à l'État de droit grâce au contrôle de constitutionnalité.

## B. LA VITALITE D'UN CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE BENEFIQUE A L'ÉTAT DE DROIT

Le contrôle de constitutionnalité en droit français – *a posteriori* en l'occurrence – démontre un détachement vis-à-vis de l'influence américaine. Tout en étant à certains égards critiquable (1), il demeure néanmoins un moyen efficace de préservation de l'État de droit au sein des situations exceptionnelles (2).

### 1. UN CONTROLE CRITIQUABLE

Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel peut être critiqué à plusieurs égards. Par exemple, la décision du 22 décembre 2015, *Cédric D.* déçoit sur certains points. Dans cette affaire, le Conseil avait été saisi de la conformité des neuf premiers alinéas de l'article 6 de la loi de 1955 (relatif à l'assignation à résidence) – dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015 – à la Constitution. Le Conseil y considère que dans le cadre de l'assignation à résidence, l'astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation, puisqu'elle peut durer au maximum douze heures par tranches de vingt-quatre heures, ne peut être regardée que comme une mesure restrictive et non privative de libertés. Cette assignation ne peut, par conséquent, relever du juge judiciaire et de l'article 66 de la Constitution. Il n'y a donc pas, selon le Conseil, violation de la Constitution.

---

<sup>90</sup> France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>91</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>92</sup> R. C. de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Recueil Sirey, 1920, p. 490.

Un tel point de vue est fort contestable. Si l'assignation à résidence peut théoriquement se concevoir comme une simple restriction de libertés – elle ne prive techniquement pas l'individu de libertés, elle les limite pendant une durée plus ou moins longue ne pouvant équivaloir à une journée complète –, elle engendre, en pratique, une réelle privation de jouissance effective de libertés. En effet, lorsqu'une personne est assignée à résidence par le ministre de l'Intérieur, celui-ci peut décider d'imposer, en plus, une astreinte à demeurer dans un lieu d'habitation fixé par lui, avec obligation de demeurer en ce lieu, sur une plage horaire fixée par lui également, pour – on l'a vu – une durée maximale de douze heures par tranches de vingt-quatre heures. En outre, il peut contraindre la personne assignée à se présenter périodiquement, et ce jusqu'à trois fois par jour, aux services de police ou aux unités de gendarmerie, y compris les dimanches, jours fériés et chômés. Il peut encore lui imposer de remettre aux autorités son passeport ou tout autre titre prouvant son identité. Clairement, une telle possibilité semble davantage relever de la privation de libertés que de la simple restriction. Il semble en effet que les contraintes imposées par une telle mesure privent clairement l'individu de sa liberté d'aller et venir, protégée par l'article 4 de la Déclaration de 1789, ou du droit au respect de sa vie privée, protégé par l'article 2 du même texte. Au fond, une telle mesure ressemble étrangement au régime de semi-liberté prévue par l'article 132-26 du Code pénal. Ce régime prévoit que certaines peines d'emprisonnement<sup>93</sup> permettent à celui qui les subit de bénéficier d'un aménagement particulier de détention, lui permettant de quitter l'établissement pénitentiaire afin d'effectuer une activité de réinsertion – enseignement, formation professionnelle ou encore recherche d'emploi – pendant une partie précise de la journée. Une fois cette activité terminée, la personne doit retourner au sein de son établissement pénitentiaire dans les délais impartis. Tout comme l'assignation à résidence, ce régime impose à la personne concernée une obligation de présence à un endroit déterminé, pendant une période déterminée, et l'autorise à avoir une activité extérieure pendant un temps précis. Or, ainsi que le souligne justement Didier Girard, il semblerait difficile de qualifier le régime de semi-liberté de « mesure non privative de liberté »<sup>94</sup>. De fait, le régime de semi-liberté relève bien plus clairement de la mesure privative de libertés que de la restriction de libertés. À ce titre, on peut regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas considéré que la mesure d'assignation, puisque

---

<sup>93</sup> France, *Code pénal*, art. 132-25 : « Lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou, pour une personne en état de récidive légale, une peine égale ou inférieure à un an, elle peut décider que cette peine sera exécutée en tout ou partie sous le régime de la semi-liberté ».

<sup>94</sup> D. Girard, « Quand la constitutionnalité jugée d'une loi ne convainc que mal... », *Revue générale du droit*, 4 janvier 2016, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/01/04/quand-la-constitutionnalite-jugee-dune-loi-ne-convainc-que-mal/>].

étant en pratique privative de libertés mais ne prévoyant pas l'intervention du juge judiciaire, violait les dispositions de l'article 66 de la Constitution.

Cependant, il faut souligner que la période récente de l'urgence a également été l'occasion pour le juge constitutionnel de renforcer la garantie des libertés en cas de situation exceptionnelle. Par là même, la conception française s'éloigne d'une influence américaine. En effet, alors que cette dernière favorise la sauvegarde de la sécurité et de l'ordre publics *au mépris* de la garantie des libertés, le droit français tente, ainsi que l'explique le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence actuelle sur l'état d'urgence, *une conciliation* supposant d'accorder autant d'importance à cette exigence de sécurité qu'à la garantie des libertés et droits fondamentaux. Ainsi, il semble plus enclin à la préservation de la substance de l'État de droit que n'a pu l'être le droit américain.

## 2. UN CONTROLE NEANMOINS EFFICACE

Le contrôle de conformité de la loi de 1955 à la Constitution a d'abord semblé s'orienter vers une parfaite compatibilité du régime d'urgence vis-à-vis de notre loi fondamentale. Dans sa décision du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, le Conseil constitutionnel affirme en effet que la Constitution n'a pas « exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier [...] les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public »<sup>95</sup>. Ainsi, le texte de 1958, « n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence »<sup>96</sup>, et par voie de conséquence « La loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances est déclarée conforme à la Constitution. »<sup>97</sup> Mais depuis l'intensification des pouvoirs de crise, le Conseil constitutionnel semble, à certains égards, faire preuve d'une rigueur permettant de renforcer la garantie des libertés au sein de la situation exceptionnelle. Ainsi, dans sa décision du 19 février 2016 *Ligue des droits de l'homme*, le Conseil admet la conformité à la Constitution du régime dérogatoire de perquisition administrative en cas d'urgence. Mais il censure les dispositions de cette loi permettant de copier des données informatiques dans le cadre de cette perquisition. En effet, la loi de 1955, dans sa rédaction résultant du 20 novembre 2015, prévoyait que « Les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support. »<sup>98</sup> Le Conseil déduit de cette

---

<sup>95</sup> C.C., 25 janvier 1985, n° 85-187, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955 (avant publication au *JORF* n° 0044 de la décision du 19 février 2016, le 21 février 2016). Cette disposition renvoie à la seconde phrase du troisième alinéa du premier paragraphe de l'article 11 de la loi du 20 novembre 2015.

disposition qu'elle est en réalité une saisie. Or, la loi de 2015 ne prévoit pas d'encadrer une telle saisie de garanties suffisantes. Premièrement, ni la « saisie ni l'exploitation des données [...] collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée »<sup>99</sup>. Secondement, « des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »<sup>100</sup> pouvaient être copiées dans le cadre de cette perquisition. Le Conseil déduit de cette absence de garantie que le législateur « n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée »<sup>101</sup>. Par conséquent, il a violé l'article 2 de la Déclaration de 1789<sup>102</sup>, en ce qu'il protège la vie privée, et en particulier l'inviolabilité du domicile. En un même sens, la décision du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre* censure une disposition (le 1 de l'article 11) de la loi de 1955 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960. Les Sages de la rue de Montpensier ont en effet considéré qu'en « ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie »<sup>103</sup>, la loi n'a pas permis d'assurer « une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée »<sup>104</sup>. Comme dans l'espèce précédente, les dispositions de l'article 2 de la Déclaration de 1789 garantissant le droit au respect de la vie privée ont donc été méconnues, expliquant la censure du Conseil. Ainsi, alors que la conception américaine – dans le cadre de sa lutte contre le terrorisme – a favorisé la sauvegarde de la sécurité et de l'ordre publics au mépris de la garantie des libertés, le droit français tente lui d'opérer, notamment au travers du Conseil constitutionnel, une conciliation équilibrée entre ces deux impératifs.

\* \*  
\*

L'américanisation des pouvoirs de crise – et le risque d'affaiblissement de l'État de droit qu'elle suppose – est-elle inéluctable au sein du droit français ? Si

---

<sup>99</sup> C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

<sup>103</sup> C.C., 23 septembre 2016, n° 2016-567/568, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*, QPC.

<sup>104</sup> *Ibid.*

on prête attention à l'affaiblissement progressif du contrôle parlementaire face à la légitimité accrue des pouvoirs de l'Exécutif, ou bien à l'insertion des pouvoirs de crise au sein de normes relevant des temps normaux, il faut répondre par l'affirmative. En revanche, dès lors qu'on s'attache à la volonté française de préserver le principe d'égalité devant la loi, et à l'efficacité de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il faut constater l'absence totale d'influence du droit américain, et répondre alors par la négative.

Cette réponse ambivalente est insatisfaisante car elle oblige à envisager l'institution d'exception sous un angle ou un autre, mais jamais dans sa globalité. Or, si on tente de projeter un regard plus général, il apparaît que ce n'est pas au travers de l'influence du droit américain que peut se comprendre la possible mutation des pouvoirs de crise français. Au fond, la véritable influence – si elle existe – est celle du terrorisme actuel, qui par sa violence accrue et sa menace durable, apparaît comme un risque nouveau – d'une ampleur inédite – obligeant les États à s'y adapter en développant des outils de lutte radicaux, préjudiciables à l'État de droit. C'est de là que provient l'influence réelle, qui emporte dans son sillon aussi bien le droit américain depuis 2001, avec une intensité particulière entre 2002 et 2005, que le droit français, depuis quelques années. En d'autres termes, le terrorisme de nouvelle génération est la cause principale du risque d'un passage de la brièveté de l'*état* d'exception, avec un « é » minuscule, à la pérennisation de l'*État* d'exception, avec un « É » majuscule.



# LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS FACE A LA CONCEPTION AMÉRICAINE DE L'INTÉRÊT GENERAL

Par  
Gilles LEBRETON  
Professeur de droit public  
à l'Université Le Havre-Normandie

Monsieur le Président, chers Collègues,

Dans son rapport public 1999 intitulé l'intérêt général, le Conseil d'État soulignait que l'intérêt général est la pierre angulaire de l'action publique. C'est naturellement vrai et j'en veux pour preuve l'analyse de Max Weber, puisque dans une société où la légitimité du pouvoir repose sur la raison les citoyens n'acceptent d'obéir que si l'action publique est fondée sur l'intérêt général. Cette analyse se vérifie particulièrement en droit administratif car c'est une branche du droit qui repose sur l'idée que l'administration doit poursuivre la réalisation d'un intérêt général.

C'est ce qui explique que ce concept soit omniprésent dans cette discipline : il suffit d'ouvrir le dernier numéro de l'*AJDA* en date du 13 novembre pour savoir que, dès la page de couverture, on fait référence à une nouvelle jurisprudence en matière contractuelle qui illustre le rôle que peut jouer l'intérêt général. Celui-ci est également présent, quoique de façon moins directe, à travers les concepts de service public, domaine public, ouvrage public, travaux publics : dans toutes ces matières, on parle en réalité toujours de l'intérêt général puisque l'intérêt général participe à la définition de ces grands concepts.

L'intérêt général a toutefois un rôle ambivalent : c'est le fondement de l'action de l'administration mais aussi sa limite. Il ouvre toute une série d'actions à l'administration, comme le montre par exemple le célèbre arrêt *Benjamin* de 1933 : celui-ci permet à l'administration de limiter les libertés publiques au nom de l'ordre public qui n'est qu'un aspect en réalité de l'intérêt général. Inversement, il limite l'action publique, dans la mesure où toute action de

l'administration qui perdrait de vue cette exigence de l'intérêt général serait immédiatement entachée de détournement de pouvoir. Ce qui est notamment illustré par le non moins célèbre arrêt du Conseil d'État de 1875 *Pariset*.

Qu'est-ce que l'intérêt général ? Il est nécessaire de se poser la question rapidement puisqu'il a une telle importance. Le professeur René Chapus dans son manuel a tenté une approche que je trouve intéressante. Il y explique qu'il y a deux formes d'activités humaines : il y a ce qu'il appelle les « activités de plus grand service », qui consistent à rechercher avant tout à rendre service aux administrés, à répondre à leurs besoins, c'est cela l'activité d'intérêt général explique-t-il ; et inversement il y a à côté ce qu'il appelle les « activités de plus grand profit », qui consistent au contraire pour celui qui les exécute à rechercher son intérêt propre avant tout, et ça évidemment ça n'est pas l'intérêt général. C'est une forme d'approche qui est souvent considérée par les administrativistes comme éclairante, mais qui est très française puisque cette analyse repose sur l'idée que l'intérêt général est d'une nature différente de l'intérêt privé, qu'il est en quelque sorte transcendant. Cela consiste à renvoyer à cette vision bien française que j'appelle la théorie des deux mondes, c'est-à-dire à cette idée qu'au-dessus du monde des intérêts privés il y aurait dans la loge d'honneur en quelque sorte un monde administratif, un monde de l'intérêt général, qui surplomberait l'arène dans laquelle s'affrontent les intérêts privés. Mais la réalité, c'est qu'il y a deux conceptions de l'intérêt général et qu'elles s'affrontent à l'heure actuelle. Il y a bien la conception française qui est la conception volontariste que nous avons héritée de Jean-Jacques Rousseau, selon laquelle l'intérêt général est quelque chose de transcendant ; qui suppose le dépassement des intérêts particuliers. C'est cette conception-là qui nous a inspiré, qui nous inspire, qui continue à nous inspirer. Et puis il y a la conception que je qualifierais d'américaine, dans la mesure où elle prévaut Outre-Atlantique. C'est une approche utilitariste qui doit beaucoup à l'œuvre de Jérémie Bentham, très influent aux États-Unis – c'est ce qui explique entre parenthèses pourquoi John Rawls, qui restera sans doute le plus grand auteur du droit américain du XXe siècle, a construit son œuvre en réaction principalement contre Bentham. Selon cette approche alternative, l'intérêt général est formé par la somme des intérêts particuliers. Cette conception renvoie à une vision plus large et assez optimiste de la vie économique dans laquelle une main invisible transformerait en quelque sorte les vices individuels en vertu collective – comme l'explique la théorie bien connue d'Adam Smith. L'Union européenne s'étant inspirée de cette vision américaine, nous sommes victimes deux fois de son influence : nous subissons à la fois son influence directe américaine et indirecte, par le biais de l'Union européenne. Si on a un doute sur la conception de l'intérêt général de l'Union européenne, on peut par exemple se référer au livre blanc de la Commission européenne du 12 mai 2004 sur les services d'intérêt général, où on nous

explique que ce sont des services de base qui sont accessibles à tous, je cite, « au sein de marchés ouverts et concurrentiels ». L'idée qu'un intérêt général puisse être au sein du marché, n'est pas très française, car elle n'est pas très transcendante. C'est pourquoi c'est plutôt une conception américaine.

Quelle est l'attitude du droit administratif à l'égard de ces deux conceptions qui s'affrontent ? Il accueille l'intérêt général américain, il l'accueille de plus en plus largement (I). Mais d'un autre côté, il relaie une certaine résistance de l'intérêt général français (II).

## I. L'ACCUEIL DE LA CONCEPTION AMÉRICAINE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Cet accueil est à la fois direct, en ce sens qu'il s'opère par l'admission directe du concept, et indirect, du fait d'une certaine fragilisation de l'intérêt général transcendant là où il est maintenu.

### A. L'ACCUEIL DIRECT

Nombre de jurisprudence et de textes accueillent la conception américaine de l'intérêt général américain.

Le premier exemple, pour moi, est celui de la jurisprudence de 1971 du Conseil d'État *Ville Nouvelle-Est*. C'est une jurisprudence bien connue qui crée la théorie du bilan coût-avantage. Pour apprécier l'utilité publique d'un projet, principalement d'un projet d'expropriation, il s'agit de faire descendre en quelque sorte l'intérêt général dans l'arène puisqu'il ne surplombe plus les intérêts privés mais il est mis en balance avec eux, et c'est véritablement une démarche qui n'est pas la démarche traditionnelle. De ce point de vue, l'arrêt mérite d'ailleurs d'être considéré comme un grand arrêt. Lorsqu'on lit les conclusions du commissaire du gouvernement qui n'était autre que Guy Braibant, on est édifié. Voilà ce que dit Guy Braibant : « il n'y a plus d'un côté la puissance publique et l'intérêt général et de l'autre la propriété privée, il peut arriver que les intérêts privés pèsent plus lourd que les intérêts publics. C'est pourquoi, conclut-il, il faut mettre en balance ses inconvénients avec ses avantages, son coût avec son rendement ou, comme le diraient les économistes, sa désutilité avec son utilité ». Une telle analyse est typique de la conception américaine.

Une autre jurisprudence célèbre plus récente, la jurisprudence de 2004 *Association AC !*, utilise le même procédé, mais cette fois-ci pour apprécier s'il convient de moduler dans le temps les effets d'une annulation pour excès de pouvoir. Là encore, comment justifie-t-on le fait qu'il est désormais possible de

moduler dans le temps, soit pour le passé, soit pour l'avenir, soit pour les deux à la fois d'ailleurs, les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir ? Là encore par une sorte de mise en balance entre les intérêts privés et l'intérêt général en présence. Un passage de l'arrêt dit ceci – je le cite : « il faut prendre en considération les divers intérêts publics ou privés en présence ». Les deux sont en quelque sorte ainsi placés sur un pied d'égalité, la formulation est saisissante. Or, lorsqu'on lit les conclusions du commissaire du gouvernement Devys, on s'aperçoit qu'il invoque expressément le modèle de la Cour de justice des communautés européennes, c'est-à-dire le modèle européen, c'est-à-dire en fait le modèle américain. Récemment, un arrêt de 2017 *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie* a appliqué cette jurisprudence en la retournant curieusement contre le droit de l'UE car il module les effets de l'annulation des tarifs réglementés du gaz qui violaient le droit de l'Union, d'une façon qui permet en réalité de ne pas appliquer totalement le droit de l'Union. Mais ça n'est pas du tout probant, il n'y a pas de réel retournement contre la source d'inspiration car c'est une jurisprudence de la Cour de justice de l'UE de 2016 *Association France Nature Environnement* qui prévoit cette possibilité de modulation. Donc en réalité, il ne faut pas voir dans cet arrêt de 2017 une espèce de revanche d'un intérêt général transcendant.

Autre jurisprudence qui illustre mon propos, c'est celle inaugurée en 2016 par l'arrêt *Société Fairvesta International* et par l'arrêt du même jour *Société Numericable*. Là encore, ce sont des arrêts très célèbres qui rendent pour la première fois justiciable ce que le Conseil d'État appelle le « droit souple ». Désormais, on peut attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir non plus seulement des actes administratifs unilatéraux mais aussi des actes de droit souple, c'est-à-dire des avis, des recommandations, des mises en garde, des prises de position, qui sont adoptés par des autorités de régulation. La justification est que ces actes peuvent faire grief même s'il ne s'agit pas de décisions puisqu'ils peuvent, disent les deux arrêts, « influencer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent », ce qui est vrai. Mais ce qui m'intéresse, c'est la reconnaissance en droit administratif de ce concept de « droit souple », reconnaissance singulière car dans le monde de l'intérêt général transcendant, c'est la réglementation qui s'impose, et elle s'impose parce que justement elle descend de haut en bas, elle correspond bien à la verticalité de cet intérêt général transcendant. Avec le modèle de la régulation qui est ici consacré, on est dans un type de relation horizontal entre des autorités de régulation et le monde privé. Qu'est-ce qu'une régulation ? Ce n'est pas quelque chose qui s'impose en réalité sur le mode vertical, c'est une sorte de mise d'huile dans les rouages qui repose sur un rapport beaucoup plus horizontal. On est donc face à une jurisprudence de plus qui consacre la chute de l'intérêt général transcendant. Notre collègue madame

Paulia s'en est inquiétée dans un article paru à la Revue du droit public en 2017 et elle a essayé de démontrer que cette nouvelle jurisprudence contribuait au « désordre normatif » qu'un certain nombre d'auteurs constate. Si cette analyse est vraie, c'est tout simplement parce que cela crée un malaise dans notre droit, c'est une transposition d'un modèle étranger qui effectivement ne correspond peut-être pas très bien au reste de notre droit administratif.

Et puis le dernier arrêt que j'aimerais citer dans cette première sous-partie, c'est l'arrêt *Madame Gonzalès Gomez* de 2016 qui est quand même extraordinaire puisqu'il donne naissance à un nouveau type de contrôle de conventionnalité des lois qui n'est plus seulement *in abstracto* mais qui est aussi désormais *in concreto* : c'est-à-dire qu'on peut considérer qu'une loi française est globalement conforme à un traité, notamment à la Convention européenne de 1950, et pour autant estimer que l'une de ses applications particulières est contraire à ce traité. Dans l'affaire *Gonzalès Gomez* bien connue, il s'agissait d'une Espagnole qui vivait en France et qui voulait récupérer le sperme congelé de son mari, qui était décédé, pour un projet de procréation. En droit français ce type d'insémination *post mortem* est interdit, et de ce point de vue la loi qui l'interdit est parfaitement conforme à la Convention de 1950, mais on a estimé dans cette affaire que dans la mesure où il s'agissait d'une Espagnole qui aurait pu bénéficier de ce droit à l'insémination *post mortem* dans son pays, il convenait d'écarter l'application de la loi française. Cela réalise un abaissement supplémentaire de la loi, une diminution supplémentaire de notre intérêt général transcendant, et on voit bien que l'intérêt général ne surplombe ici plus rien, il est obligé de s'incliner devant l'intérêt particulier de la requérante.

## B. L'ACCUEIL INDIRECT

Outre cette remise en cause directe et brutale, il y a un accueil indirect de l'intérêt général américain qui consiste à fragiliser l'intérêt général transcendant. Dans certaines matières où il est maintenu, il perd de sa force. J'aurais plusieurs exemples mais faute de temps je vais me borner à vous en donner deux.

Le premier, c'est le contrôle de conventionnalité des lois de validation. Depuis une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1999 *Zielinski*, ce n'est plus n'importe quel motif d'intérêt général qui peut justifier une loi de validation. Il faut un motif « impérieux » d'intérêt général. Or, c'est bien un affaiblissement du caractère transcendant de l'intérêt général. Car d'un côté le maintien de son caractère transcendant ne fait aucun doute, puisqu'il continue à pouvoir motiver une loi de validation, c'est-à-dire une entorse au respect habituel de la séparation des pouvoirs juridictionnel et législatif. Mais c'est bien d'un autre côté un affaiblissement, puisque jusqu'en 1999 on admettait n'importe quel motif d'intérêt général, alors que désormais il faut un motif

impérieux. C'est donc bien une diminution et le Conseil d'État, après avoir fait un peu de résistance et avoir suivi le Conseil constitutionnel qui, très légitimement, s'inquiétait de cette nouveauté, a fini par succomber et s'est incliné : d'abord dans un avis contentieux de 2005 *Provins*, ensuite dans un arrêt rendu au contentieux en 2010 *Commune de Palavas-les-flots*. Le Conseil constitutionnel s'est finalement lui aussi aligné sur cette nouvelle jurisprudence.

Deuxième exemple, c'est ce que j'appelle la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir, dans notre modèle traditionnel, est un recours qui est chargé de faire respecter la légalité, et pas du tout de permettre à des requérants de défendre leur intérêt particulier. Bien sûr, le requérant, lui, poursuit son intérêt particulier, mais le recours n'a pas été fondamentalement créé pour ça : c'est un outil de défense de la légalité, et là encore cette conception manifeste le ralliement à un intérêt général très transcendant qui au fond ne se préoccupe pas ou peu des intérêts privés en présence. Or, cette conception traditionnelle est complètement battue en brèche puisqu'on sait depuis pas mal d'années maintenant qu'il y a tout un mouvement de subjectivisation du REP. J'aimerais vous en donner un exemple saisissant qui nous est rapporté par une étude de Monsieur Frédéric Alama qui vient d'être publiée (*RFDA* 2017. 503). Il observe que depuis 2011 le droit administratif accepte qu'on puisse renoncer à un recours pour excès de pouvoir en vertu d'une transaction. Cela a été admis d'abord par un arrêt du Conseil d'État de 2011 *Ligue d'escrime du Languedoc-Roussillon*, et plus récemment par une ordonnance du 18 juillet 2013 en matière d'urbanisme : celle-ci valide le procédé en matière de REP contre un permis de construire, même moyennant finance. Ce faisant, le texte réalise une sorte de patrimonialisation du REP qui, certes, est limitée à certains cas, mais qui illustre quand même à quel point cet intérêt général transcendant est ébranlé. Cette évolution ne se fait toutefois pas sans résistance.

## II. LA RÉSISTANCE DE LA CONCEPTION FRANÇAISE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

L'intérêt général français résiste malgré tout ! Il conserve sa permanence (A), tout en se trouvant lui-même parfois malgré tout américanisé (B).

### A. LA PERMANENCE DE L'INTERET GÉNÉRAL TRANSCENDANT

Là encore, faute de temps, je vous donnerai trois ou quatre exemples selon moi probant de cette permanence.

Le premier exemple est tiré d'une jurisprudence du Conseil d'État de 1997 *Communes de Nanterre et de Gennevilliers*. C'est une jurisprudence qui permet d'invoquer l'intérêt général pour assurer l'égalité sociale ; donc là c'est très transcendant. On utilise l'intérêt général au service d'un objectif social très ambitieux qui est l'égalité sociale. Cela signifie que l'accès aux services publics peut faire l'objet de tarifs différenciés selon le niveau de vie des usagers du service public. En fonction du niveau des ressources des familles – et les arrêts sont très clairs sur ce point ! –, il est possible de fixer des droits d'inscription différents. C'est une idée très transcendante et fort peu américaine que de faire payer moins certains individus plutôt que d'autres simplement au nom, au fond, du développement d'une certaine culture.

Deuxième illustration de cette résistance, l'intérêt général a connu assez récemment des nouvelles facettes de sa transcendance qui ont émergé, c'est le cas de la dignité humaine par exemple. L'arrêt de référence qui insère la dignité dans l'ordre public, et qui en fait donc un objectif d'intérêt général, est l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État de 1995 *Commune de Morsang-sur-Orge* en matière de lancer de nain. Il estime que l'on peut, au nom de la dignité humaine, interdire de tels spectacles qui sont jugés choquants.

Beaucoup plus récemment, ce concept de dignité a été réutilisé par une ordonnance de 2014 *Ministre de l'Intérieur* dans l'affaire Dieudonné, pour permettre de censurer *a priori* des spectacles dans lesquels des propos antisémites seraient tenus. La dignité est pour cette raison bien un nouvel aspect de l'intérêt général transcendant. Dans la même optique, le vivre-ensemble a été utilisé pour fonder l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Je fais bien sûr référence à la loi du 11 octobre 2010.

Et puis on pourrait aussi prendre comme dernier exemple la revitalisation de la laïcité qui est invoquée de façon beaucoup plus dure qu'avant. Ce n'est pas tout à fait une nouveauté mais c'est quand même une évolution.

Dans tous ces cas-là, l'intérêt général reste bien transcendant parce qu'il s'agit en son nom de limiter certaines libertés, la liberté d'entreprendre dans l'arrêt de 1995, la liberté d'expression dans l'arrêt de 2014, la liberté de religion dans la loi de 2010, etc.

Malgré tout cet intérêt général transcendant s'américanise, il faut bien le reconnaître.

## B. L'AMERICANISATION DE L'INTERET GENERAL TRANSCENDANT

L'intérêt général transcendant, tout en étant conservé, est parfois américanisé. Je fais référence à cette nouvelle branche du droit qu'est le droit anti-terroriste, qui imprègne toutes les branches du droit, y compris le droit

administratif. Le *Patriot Act* américain fait figure, de ce point de vue, de référence. Ici, il ne s'agit plus tout à fait de l'intérêt général que j'ai défini jusqu'à présent au sens américain. C'est une autre conception américaine qui est à l'œuvre : celle qui permet à l'État de se protéger et de se donner tous les moyens de sa protection. Cette conception a été ravivée par les analyses récentes de Samuel Huntington auxquelles aimait se référer le Président Bush. Je n'insiste pas car c'est bien connu. Ce *Patriot Act* permet de mettre la population sous une surveillance de masse et cela a inspiré la France qui a instauré une sorte de *Patriot Act* à la française avec notamment le vote de la loi du 24 juillet 2015, relative au renseignement. Ce texte permet finalement au Premier ministre de mettre sur écoute un peu qui il veut, après simple avis d'une commission et pour des motifs d'intérêt général très compréhensifs. La loi du 30 octobre 2017 va dans le même sens. Elle renforce la sécurité intérieure et crée une sorte d'état d'urgence perpétuel, avec la possibilité par exemple pour les préfets de délimiter des périmètres de protection dans lesquels la liberté d'aller et venir est règlementée.

Je pourrais donner bien sûr bien d'autres exemples mais je n'ai pas le temps et ça n'est pas grave car l'essentiel est compris.

\* \*  
\*

Ce qu'il faut, en conclusion, retenir de mon propos, c'est qu'il y a une lutte assez passionnante à observer à l'heure actuelle entre nos deux types d'intérêt général : l'intérêt général français, qui continue à inspirer bien sûr l'ensemble du droit administratif et qui résiste vaille que vaille, et l'intérêt général américain qui, soit directement, soit par le biais de l'Union européenne, essaie de le supplanter peu à peu.

Je vous remercie de votre attention.

# VERS UN CONTRÔLE DES GESTIONS PUBLIQUES A LA MODE ANGLO- SAXONNE ?

Par  
Christian MICHAUT  
Président de la Chambre régionale des comptes  
de Normandie  
Professeur associé de l'Université de Paris XII

Selon la formule fameuse prononcée par le procureur général Moinot lors de l'audience solennelle de la Cour des comptes du 23 octobre 1985, « *tout pouvoir exige un trésor, tout trésor exige un compte et tout compte exige un juge désintéressé* ». En conséquence, en France, depuis au moins sept siècles, les personnes habilitées à manier des deniers publics doivent en rendre compte au souverain et le font sous le contrôle d'un juge. C'est ce que l'on appelle le modèle français, ou modèle juridictionnel, de contrôle des comptes et des gestions publiques. Il est lié à l'idée de consentement à l'impôt, côté recettes, et de respect de l'autorisation budgétaire, côté dépenses, et sa sanction est double : la responsabilité politique, bien sûr, mais aussi l'intervention d'une juridiction spécialisée qui, selon les pays, sera réservée aux comptables ou étendue à l'ensemble des gestionnaires publics. Ces attributions juridictionnelles se doublent d'un pouvoir de contrôle, de nature administrative, sur la régularité et la qualité de la gestion. Les observations ainsi formulées prennent la forme, selon les époques, de remontrances adressées au monarque ou de rapports publics, destinés autant à l'organisme contrôlé qu'à l'universalité des citoyens.

Face à ce modèle français se dresse un concurrent redoutable, aujourd'hui regardé comme dominant, que l'on appelle le modèle parlementaire ou encore de Westminster. Comme son nom l'indique, il est fondé sur l'idée d'un contrôle du législatif sur l'exécutif. A cette fin, il n'est pas nécessaire ni même concevable de faire intervenir un juge indépendant ; l'organe de contrôle est placé auprès et au service du parlement.

Pour affirmer sa supériorité, le modèle français paraît disposer de peu d'arguments : son incontestable antériorité (le GAO américain a moins d'un

siècle et le NAO britannique une petite trentaine d'années), la garantie d'indépendance qui s'y attache et le souci d'efficacité qui inspire les juridictions financières. Mais des vents contraires se lèvent d'outre-Atlantique, qui peuvent nous conduire à douter de la solidité de notre édifice. Je citerai deux exemples en ce sens : ceux de la notation (I) et de la certification (II).

## I. LA NOTATION : UN EFFET DE MODE ?

Le premier exemple, qui est apparu en France il y a une vingtaine d'années, consiste dans ce que l'on appelle le *rating*, ou la notation financière, des organismes publics. Il s'agit, à partir d'une analyse plus ou moins fine des résultats constatés et des engagements pris par la collectivité, de déterminer son degré de solvabilité et donc de risque qu'elle peut représenter. En principe, plus la note est bonne, plus la personne publique sera susceptible de se financer à des conditions avantageuses. Cette prestation est assurée non par une juridiction indépendante mais par un organisme privé spécialisé et rémunéré par l'organisme « noté ».

On perçoit aisément le risque d'interférence entre la note attribuée par une agence de notation, en principe indépendante, et l'observation éventuellement critique formulée par une chambre régionale des comptes sur la situation financière de la même collectivité. Ce risque demeurerait néanmoins circonscrit dans la mesure où son intérêt pratique était limité aux cas de recours à l'emprunt (or nombre d'organismes publics vivent sans emprunter), où la notation relève d'une démarche volontaire qui est loin d'être systématique, ne serait-ce que parce qu'elle a un coût, et enfin où il est apparu une déconnection à partir de 2009, en particulier pour les États, entre la notation et les conditions faites aux emprunteurs.

## II. LA CERTIFICATION : UN EFFET DE SOUFFLE ?

Le second exemple est plus redoutable car il revêt une dimension en quelque sorte institutionnelle et systématique, là où la notation était de nature contractuelle et aléatoire. Je veux ici parler de la certification des comptes publics. Celle-ci constitue un mode de contrôle des gestions publiques très éloigné de la tradition française : il s'agit d'ailleurs moins d'un contrôle mettant face à face le contrôleur et le contrôlé et susceptible de déboucher sur une mise en cause personnelle, voire contentieuse – le modèle français traditionnel – que d'une démarche associant l'organisme à l'auditeur et qui a pour finalité même de ne faire apparaître aucune difficulté puisque toute irrégularité aura été réglée, si les choses se passent bien, avant l'arrêt des comptes. Si elle ne l'est pas, sa

résolution sera renvoyée non à une sanction mais à un exercice ultérieur, dans le cadre d'une levée de réserve.

Pratiquée systématiquement aux États-Unis, au Canada (y compris au Québec), en Grande-Bretagne et dans nombre de pays d'Europe continentale, la certification semblait incompatible avec l'existence d'un dispositif de jugement des comptes ou des gestionnaires publics, qui la rend inutile puisque, par construction, toute irrégularité en recettes ou en dépenses ou tout manquement dans la tenue de la comptabilité, dès lors qu'il traduit une perte pour l'organisme public, est de nature à engager la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable.

Pourtant la France en a introduit le principe d'abord pour l'État, avec la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances, puis successivement pour le régime général de sécurité sociale (loi organique du 2 août 2005), certains établissements publics, dont les universités (loi du 10 août 2007) et les hôpitaux (loi du 21 juillet 2009), avant de lancer, avec la loi NOTRe du 7 août 2015, une expérimentation pour les collectivités locales. Si, dans le principe, rien n'interdit le cumul du jugement, de la certification des comptes et du contrôle de la gestion, des interventions successives et éventuellement divergentes de plusieurs autorités, de nature selon les cas juridictionnelle ou non, sur une même matière – les comptes publics – risquent de troubler les observateurs, voire les gestionnaires.

Le risque d'éviction des missions traditionnelles ne saurait donc être exclu. Mais il est loin d'être certain : tout d'abord, il faudra sans doute un certain temps avant que le débat public s'empare des travaux de certification, qui risquent de décevoir si on les résume au rapport du commissaire aux comptes dont l'objectif, on l'a vu, est de ne rien dire dans la mesure où les désordres significatifs affectant les comptes auront pu être surmontés. Si les rapports de certification de la Cour des comptes sont plus diserts, ils demeurent infiniment plus techniques que les publications traditionnelles et retiennent peu l'attention des observateurs. Ensuite, après l'enthousiasme des premiers temps, qui permet de remédier aux lacunes les plus graves, l'expérience montre une forme d'essoufflement de la démarche, l'effort exigé pour obtenir la levée des dernières réserves (et le coût qui s'y attache) étant sans commune mesure avec le bénéfice que l'on peut en escompter. Enfin, et d'une certaine manière hélas, quelques illusions se sont dissipées : les progrès accomplis en matière de qualité des comptes n'ont en rien entraîné une amélioration d'ensemble des comptes publics, la certification n'étant en rien un instrument de régulation des dépenses ou des recettes ; plus grave, les vertus mêmes prêtées à l'exercice de certification, en particulier la transparence financière, ont pu sembler remises en cause après les faillites retentissantes d'entreprises de premier plan qui n'avaient reçu jusque-là que des louanges de la part de leurs commissaires aux comptes.

\* \*  
\*

Il n'est donc pas assuré que l'américanisation des contrôles soit l'avenir de notre système de régulation des gestions publiques. Au-delà des modes, au-delà aussi des nécessaires adaptations, il convient d'éviter que la mauvaise monnaie chasse la bonne, les mécanismes éprouvés de contrôle conservant toute leur pertinence, malgré leurs limites.

# LES ACTIONS DE GROUPE SONT-ELLES D'ESSENCE NEOLIBERALE ?

Par  
Baptiste ALLARD  
Docteur en droit privé  
Maître de conférences  
à l'Université Le Havre-Normandie

Dans le très long débat qui a précédé l'introduction en droit français de l'action de groupe, les *class actions* américaines ont occupé une place centrale. Leurs vertus et défauts supposés ont constitué des arguments de premier plan pour les acteurs qui y ont pris part, au point d'en faire le « point de référence de toute étude consacrée à [leur] transposition française »<sup>1</sup>. De façon bien plus marquée que pour nombre d'autres réformes influencées par les exemples étrangers, les discussions menées en France au sujet de l'action de groupe l'ont été en des termes propres à l'idée de circulation des concepts et des modèles juridiques. Autrement dit, la question posée a été avant tout celle de l'opportunité de la transplantation, de la greffe ou encore de l'implantation en droit français d'une institution distinctement américaine. En conséquence, l'action de groupe apparaît comme un exemple parfait de ce qu'Alan Watson a nommé les « *legal transplants* »<sup>2</sup>. Quoique cette notion puisse être critiquée<sup>3</sup>, elle correspond bien

---

<sup>1</sup> P. Deumier, « Opt-in et opt-out », *Revue des contrats*, 2007, n° 4, p. 1462.

<sup>2</sup> A. Watson, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, 2<sup>e</sup> éd., University of Georgia Press, Athens, 1993. Sur l'histoire et le succès de cette notion, v. J. Cairns, « Watson, Walton and the History of Legal Transplants », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 41, 2013, p. 637.

<sup>3</sup> Elles sont nombreuses et plurielles. On a ainsi pu souligner la difficulté de telles « greffes » en occultant l'importance des facteurs culturels dans le processus de réception (v. notamment P. Legrand, « The impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, p. 111, W. Ewald, « Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants », *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 489). Cependant il a également été objecté que le recours à la « métaphore biologique » de la greffe conduisait à donner une vision simplificatrice des formes de circulation des modèles juridiques en exagérant ces facteurs culturels : dans la mesure où elle suggère une alternative simple entre réception et rejet d'un corps étranger implanté dans un nouvel environnement, elle présenterait la circulation comme une opération nécessairement périlleuse entre systèmes juridiques hermétiques (v. notamment H. P. Glenn, « On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants », *The Journal of Comparative Law*, vol. 1, 2006, p. 364).

à l'idée qui continue de dominer les controverses françaises sur la question<sup>4</sup> : l'action de groupe resterait, malgré des mesures d' « adaptation » très importantes, un produit juridique importé des Etats-Unis, et un donc un facteur d'américanisation du droit français.

Apparaît alors une nouvelle question : la création de l'action de groupe révèle-t-elle, outre une américanisation du droit français (que l'on tiendra donc ici pour acquise), une adhésion aux principes néolibéraux ? La réponse est difficile pour trois raisons principales. Tout d'abord, cette création n'est intervenue qu'au terme de près de trente ans de réflexion, sous l'impulsion d'acteurs aux intentions variées<sup>5</sup>. Par ailleurs, l'essence néolibérale de l'institution américaine originale, la *class action*, n'apparaît pas comme une évidence. Enfin, l'identification même de principes authentiquement néolibéraux qui justifieraient la greffe de celle-ci pose également problème.

Malgré les difficultés de définition du néolibéralisme, il est établi que celui-ci ne se réduit pas à un mouvement de retour en grâce des principes associés au libéralisme classique, après une période de reflux courant, très grossièrement, des années 40 aux années 70. Le néolibéralisme se distingue en effet du libéralisme classique de plusieurs manières. La plus importante est peut-être sa conception du marché. Le bon fonctionnement de celui-ci reste certes l'objectif fondamental de ces deux mouvements politiques et économiques, mais les moyens par lesquels ils se proposent de l'atteindre ne sont pas identiques. Alors que les libéraux classiques présentaient le marché comme un ordre naturel et spontané, il est en revanche conçu comme un idéal à construire par les néolibéraux<sup>6</sup>. Il en résulte une répudiation de la doctrine du laisser-faire : le néolibéralisme ne se contente pas d'une simple limitation de l'intervention de l'État dans la sphère du marché, mais encourage bien au contraire une politique active visant à organiser le marché, voire à le créer, afin que partout la concurrence puisse produire ses effets vertueux<sup>7</sup>. Il s'agit donc bien d'une ambition neuve, celle d'introduire les mécanismes concurrentiels dans tous les aspects de la vie en société – même là où ils n'existaient pas avant le triomphe des politiques interventionnistes associés aux Trente glorieuses.

La conséquence de cette conception du marché est un rapport au droit très différent. Plus qu'une entrave regrettable, une méthode de correction du marché ou même un simple moyen de le protéger, le droit devient surtout dans la

---

<sup>4</sup> V. par ex. P.-Y. Gautier, « La mauvaise greffe des actions de groupe en droit français : l'exemple du bail », *RTD civ.*, 2018, n° 1, p. 149.

<sup>5</sup> Sur celui-ci, v. B. Allard, *L'action de groupe – Etude franco-américaine des actions collectives en défense des intérêts individuels d'autrui*, à paraître chez L'Harmattan., n° 152 et s.

<sup>6</sup> V. notamment M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, 2004, p. 137 et s. ; Ph. Mirowski, « Defining Neoliberalism », in Ph. Mirowski, D. Plehwe (éd.), *The Road from Mont Pèlerin*, Harvard UP, 2009, p. 431 et s.

<sup>7</sup> *Ibid.*

conception néolibérale un outil de construction de celui-ci<sup>8</sup>. Le but de la règle de droit, et la condition de sa légitimité, est ainsi de permettre aux citoyens de se comporter en accord avec les logiques de marché, non de donner corps à une vision collective de la société<sup>9</sup>. Les citoyens sont avant tout pensés comme des consommateurs, leur liberté se limitant à celle de disposer comme ils l'entendent de leurs ressources, y compris leurs ressources intellectuelles et physiques<sup>10</sup>. Cette liberté, purement formelle, ne connaît pas de dimension collective.

Ce cadre étant posé, il devient possible de tenter de répondre à la question identifiée plus haut. A cette fin, il est utile de comparer les contextes français et américain. En effet, on peut d'un côté avancer que l'introduction en droit français des actions de groupe procède moins d'une adhésion aux principes néolibéraux qu'elle ne constitue une mesure d'accompagnement de réformes qui sont elles authentiquement néolibérales. De l'autre, le rappel des conditions dans lesquelles les *class actions* sont nées aux Etats-Unis et de la jurisprudence récente, qui leur est très nettement hostile, permet de confirmer une absence de lien intrinsèque entre néolibéralisme et actions de groupe. Contrepartie à l'avancement du programme néolibéral en France (I), les actions de groupe anciennement établies aux Etats-Unis y font plutôt figure de victimes (II).

## I. L'ACTION DE GROUPE FRANÇAISE, CONTREPARTIE DE L'AVANCEMENT DU PROGRAMME NEOLIBERAL

L'action de groupe a fait l'objet de débats en France à partir de la fin des années 1970, et de projets législatifs très précis dès les années 1980. La période de réflexion à leur sujet correspond donc à celle de la montée en puissance des principes néolibéraux. Ceci peut expliquer qu'elles soient soupçonnées d'avoir été directement inspirées par eux (A). Mieux vaut toutefois y voir un outil à leur service, destiné à faire accepter un programme néolibéral dont elles ne font pas partie (B).

### A. LE CARACTERE NEOLIBERAL SUPPOSE DE L'ACTION DE GROUPE

---

<sup>8</sup> D. Singh Grewal, J. Purdy, « Introduction: Law and Neoliberalism », *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, 2009, n°4, p. 12.

<sup>9</sup> C. Blalock, « Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory », *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, 2009, n°4, p. 83.

<sup>10</sup> Ph. Mirowski, « Defining Neoliberalism », *préc.*, p. 436 et s. ; D. Singh Grewal, J. Purdy, *préc.*, p. 12.

On peut tenter de rattacher les effets de l'action de groupe aux objectifs du néolibéralisme de plusieurs manières. Pour cela, il convient de rappeler les principes de fonctionnement des actions de groupe. Celle-ci est une action collective en défense des intérêts individuels d'autrui, ce qui implique notamment une tension entre la nature individuelle des intérêts défendus et la nature collective de l'action. Sa vocation est de *remplacer* les actions individuelles en produisant des effets similaires (l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les intéressés) et n'est donc qu'un moyen alternatif d'exercer les mêmes droits que ceux protégés par l'action individuelle. Elle conduit donc nécessairement à la défense d'intérêts individuels par des tiers auto-désignés : associations habilitées à le faire en France, avocats aux Etats-Unis (même si ces derniers ne sont pas titulaires de l'action, un ou plusieurs membres du groupe étant censés représenter personnellement l'ensemble du groupe). Une question fondamentale soulevée par les actions de groupe est celle de l'alignement des intérêts de ce tiers et de ceux des membres du groupe, l'action collective ne devant évidemment pas nuire à ceux au bénéfice desquels elle est introduite<sup>11</sup>.

Dans cette perspective, l'action de groupe permet de renforcer les droits des individus, en leur offrant un outil de défense supplémentaire à celui, traditionnel, que constitue l'action individuelle. Elle renforce donc leur propension à effectuer librement leurs choix de consommateurs sur le marché, et contribue au meilleur fonctionnement de celui-ci. Plus encore, on pourrait voir dans l'introduction de l'action de groupe la création d'une forme de marché de la défense des droits individuels, mettant en concurrence action individuelle et action collective, et surtout les différentes personnes habilitées à prendre en charge ces actions (professionnels du droit, associations).

Il est peut-être même possible d'identifier au cœur des règles applicables aux actions de groupe françaises, des mécanismes typiquement concurrentiels. Ainsi peut-on rapprocher des règles relatives au choix des avocats chargés de défendre le groupe existant en droit américain, celles introduites en France au sujet de la défaillance des associations à l'origine d'actions de groupe. L'article L. 623-31 du Code de la consommation dispose que « Toute association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut demander au juge, à compter de sa saisine en application de l'article L. 623-1 et à tout moment, sa substitution dans les droits de l'association requérante, en cas de défaillance de cette dernière. »<sup>12</sup> La proximité n'est toutefois probablement qu'apparente : le très faible nombre des associations disposant des moyens de lancer une action de groupe rend assez peu

---

<sup>11</sup> B. Allard, *op. cit.*, n° 7 et s.

<sup>12</sup> L'ancien article L. 1143-19 du Code de la santé publique offrait la même solution, de même que l'article 81 de la Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, qui s'applique désormais à sa place en matière de santé.

probable non pas l'hypothèse d'une défaillance de l'une d'entre elles, mais l'initiative de l'une des autres à demander sa substitution dans les droits de la première.

De manière plus générale, il est difficile de soutenir que les actions de groupe font apparaître un marché sur lequel les individus susceptibles d'appartenir aux groupes bénéficiaires de telles actions agiraient de manière active et rationnelle. En effet, leur liberté de choix est incompatible avec l'idée d'auto-désignation du tiers chargé de défendre leurs intérêts. Elle ne l'est pas davantage avec la dépossession de l'action qu'entraîne nécessairement le recours à l'action de groupe (car il n'est évidemment pas possible de conférer aux membres du groupe, dans le cadre d'une action collective, le même pouvoir de contrôle qu'exerce un individu isolé sur son représentant dans le cadre d'une action individuelle<sup>13</sup>).

Cela ne fait certes pas disparaître une forme de concurrence entre l'action individuelle et l'action collective : le mécanisme choisi pour l'action de groupe française préserve en effet la liberté de choix des membres du groupe en ne leur demandant de déclarer leur choix en faveur de l'action collective (et donc de renoncer à toute action individuelle) après un premier jugement déclarant la responsabilité du défendeur, c'est-à-dire à un moment où le résultat de l'action collective est déjà connu. Il semble toutefois un peu artificiel de rattacher cette option entre action individuelle et action collective à un principe authentiquement néolibéral. D'une part, ce choix est souvent théorique, l'action de groupe ayant vocation à intervenir dans des situations où les actions individuelles sont en pratique impossibles (en raison des faibles montants en jeu, comme souvent en matière de consommation) ou difficiles (en raison de la difficulté de l'administration de la preuve, comme couramment en matière de santé ou de discrimination, par exemple). D'autre part, le manque de moyens (financiers, mais aussi souvent humains et techniques) des associations habilitées à agir empêche toute concurrence sérieuse de s'installer.

On peut enfin examiner un dernier argument parfois avancé en faveur du caractère néolibéral des actions de groupe : parce qu'elles permettraient la sanction de comportements dommageables reproduits à grande échelle par ce que Gérard Farjat a appelé *pouvoirs économiques privés*<sup>14</sup>, elles contribueraient à un déplacement de la sphère publique à la sphère privée de la régulation de ces comportements. Plutôt que le ministère public (au moyen du droit pénal) ou des autorités de régulation (au moyen de sanctions administratives), il reviendrait à des acteurs privés de veiller au bon fonctionnement des marchés. Ce raisonnement trouve un écho particulier en droit de la concurrence, mais c'est

---

<sup>13</sup> B. Allard, *op. cit.*, n° 230 et s.

<sup>14</sup> G. Farjat, *Pour un droit économique*, Puf, 2004, p. 68 et s., *spéc.* p. 69.

justement dans ce domaine que sa faiblesse peut apparaître le plus distinctement : le droit de la concurrence a lui-même été la cible de critiques virulentes de la part des néolibéraux, qui en contestent plus ou moins directement la légitimité (notamment au travers de la défense des monopoles privés<sup>15</sup>).

Bien au contraire, il faut probablement mettre l'action de groupe au rang de « toutes les structures collectives capables de faire obstacle à la logique du marché pur » que le néolibéralisme cherche à « remettre en question »<sup>16</sup>. Dans cette optique, elle peut au mieux accompagner le programme néolibéral, à défaut d'en faire partie.

## B. LA FONCTION DE LEGITIMATION DU PROGRAMME NEOLIBERAL REMPLIE PAR L'ACTION DE GROUPE

Que les actions de groupe aient pu être conçues comme un outil de légitimation du programme néolibéral ne signifie pas qu'elles aient recueilli spontanément les faveurs de ceux censés être les plus ardents défenseurs de celui-ci. En témoigne notamment l'opposition nette et constante du Medef à l'introduction de l'action de groupe en France<sup>17</sup>. Cependant la critique de cette position a justement pu être formulée en termes stratégiques plutôt que sur le fond. Christophe Jamin avait très clairement retranscrit ce point de vue dès 2006 : « Il ne faut pas être grand clerc pour voir qu'une large fraction de la population française n'est pas franchement adepte des conceptions les plus libérales d'une économie capitaliste et mondialisée. Beaucoup d'individus se méfient de l'extrême puissance de certaines grandes entreprises et souffrent de leur propre impuissance à leur égard. (...) Introduire les actions de groupe en droit positif français ne pourrait-il pas alors être un moyen (parmi d'autres) pour rétablir un certain équilibre et donc mieux faire accepter ce capitalisme par la masse des individus ou encore pour restaurer la confiance dans l'économie de marché, cette confiance dont on nous rebat les oreilles à longueur de colonnes aux fins de justifier l'instauration des class actions à la française, même (voire surtout) dans des organes de presse peu suspects de gauchisme ? Le troc ne pourrait-il donc pas être de même nature qu'au début du XXe siècle où les classes laborieuses

---

<sup>15</sup> S'exprime là une divergence entre l'ordolibéralisme influent en Europe et le courant néolibéral représenté par l'École de Chicago. V. notamment Ph. Mirowski, « Defining Neoliberalism », *préc.*, p. 439.

<sup>16</sup> P. Bourdieu, « L'essence du néolibéralisme », *Le Monde Diplomatique*, mai 1998, p. 3.

<sup>17</sup> V. notamment les nombreuses interventions de sa directrice juridique, Joëlle Simon : J. Simon, A. Outin-Adam, « Faut-il ou non une class action à la française ? », *Petites affiches*, 13 septembre 2005 n° 182, p. 3 ; J. Simon, « L'action de groupe, panacée ou cheval de Troie ? », *Concurrences*, n° 2, 2008, p. 25 ; « Enjeux juridiques et économiques pour les entreprises » (intervention au colloque « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? », Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011), *Revue Lamy de la concurrence*, 2011, n° 28, p. 169 ; J. Simon, Ch. Foulon, A. Ferrer, « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », *Revue du travail*, 2012, p. 603.

bénéficièrent des importants avantages du solidarisme juridique en contrepartie d'une adhésion plus grande au développement du capitalisme industriel ? Les détracteurs des actions de groupe ne pourraient-ils pas plutôt s'emparer de leur introduction en droit français pour procéder à un même troc et faire de ces actions un instrument de promotion d'un capitalisme vertueux ? Ne pourraient-ils pas – et je songe ici au MEDEF – se les approprier pour tenter de restaurer la confiance dans un capitalisme de services en plein développement ? »<sup>18</sup>.

On peut trouver confirmation de ce point de vue dans plusieurs rapports publiés dans les années suivantes. Ainsi l'introduction de l'action de groupe a pu être présentée comme un « corollaire à la dépenalisation » du droit de la consommation par le rapport « Coulon »<sup>19</sup>, dont le rôle serait de constituer un régulateur des relations économiques alternatif à la voie pénale. On retrouve bien l'idée de « troc » entre l'abandon de contraintes juridiques existantes et nuisibles à l'activité des entreprises, et la mise en place des actions de groupe. Si le rapport « Attali »<sup>20</sup> ne fait pas apparaître cette idée de « troc » de manière aussi claire, il adopte pourtant bien cette philosophie en « considèr[ant] que l'introduction des actions de

groupe en droit français contribuera à accroître la confiance des consommateurs dans l'économie de marché »<sup>21</sup>. En raison de son contenu et de son inspiration globale, on peut même se demander s'il n'est pas la manifestation la plus nette de cette conception des actions de groupe comme mesure d'accompagnement du programme néolibéral.

L'observation de l'état actuel de l'action de groupe en droit français apporte une confirmation cynique à ce sentiment. Malgré son élargissement à différentes matières au-delà du droit de la consommation, son bilan reste très modeste. Les actions engagées par les associations habilitées à le faire restent extrêmement rares, ce qui est de nature à remettre en cause leur effet dissuasif. Ce phénomène pourrait d'ailleurs toucher les *class actions* américaines, dont la légitimité est contestée par le mouvement néolibéral avec un succès de plus en plus évident.

## II. LA *CLASS ACTION* AMERICAINE, VICTIME DU PROGRAMME NEOLIBERAL

La *class action* américaine a une histoire qui peut paraître très ancienne. Il est courant de la faire remonter, un peu artificiellement, aux cours d'*Equity*

---

<sup>18</sup> Ch. Jamin, « Rapport de synthèse », *Revue Lamy de la concurrence*, n°9, 2006, p. 164.

<sup>19</sup> *La dépenalisation de la vie des affaires, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, La documentation française, 2008, p. 89 *et s.*

<sup>20</sup> *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française*, La documentation française, 2008.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 144.

anglaises pré-modernes ; en réalité, la *class action* est une institution purement américaine, dont la naissance se situe au 20<sup>ème</sup> siècle. C'est progressivement, entre les années 1930 et 1960, que les *class actions* américaines ont acquis leur forme actuelle. Il est très difficile d'y voir une application du programme néolibéral, seulement en germe à cette époque (A). Avec le succès postérieur de celui-ci, c'est plutôt une hostilité croissante de la jurisprudence qu'il faut observer, particulièrement celle de la Cour Suprême des Etats-Unis au cours des dix dernières années (B).

#### A. LE CONTEXTE D'APPARITION DE LA CLASS ACTION AMERICAINE

C'est la création des *Règles fédérales de procédures civiles*, en 1938, qui marque le départ du véritable essor de la *class action* aux Etats-Unis<sup>22</sup>. Il s'agit pourtant à certains égards d'un accident de l'histoire, tant les rédacteurs de ces règles nouvelles n'avaient pas imaginé l'usage qui allait être fait de celle consacrée aux « *class suits* » (la *Règle 23*). En effet, les *Règles* se présentaient avant tout comme une compilation de différents principes connus antérieurement au sein d'un texte unique, applicable à l'ensemble des juridictions fédérales. Quant aux dispositions relatives aux actions dites « de classe », elles ont été conçues comme une série de solutions utiles aux magistrats confrontés à des situations où les règles relatives à la jonction d'instance ou à l'intervention (forcée ou volontaire) étaient inapplicables en raison du trop grand nombre de personnes impliquées (cette analyse prévaut toujours sous l'empire des textes actuels). Eminemment techniques, les réflexions livrées à leur sujet par James William Moore, leur principal auteur, ne laissent transparaître aucune velléité de réforme d'ordre économique ou social. La *Règle 23* était censée retranscrire l'état du droit existant relativement à des situations problématiques mais fondamentalement rares.

Cependant deux éléments importants ont donné à cette *Règle 23* un destin différent de celui que ses concepteurs avaient envisagé. Le premier lui est intrinsèque. Les principes sur lesquels elle repose ont en effet été hérités des règles propres applicables aux procédures d'*Equity*. Or l'un des buts de la création des *Règles fédérales de procédure civile* était précisément d'abolir la distinction entre actions relevant de l'*Equity* et actions relevant de la *Common law*, et d'en offrir un traitement identique. Il en est résulté une innovation majeure dans la mesure où il est devenu possible d'engager devant les juridictions fédérales des actions aboutissant à l'octroi de dommages-intérêts

---

<sup>22</sup> Pour une analyse détaillée du développement des *class actions* en droit des Etats-Unis, v. B. Allard, *op. cit.*, n° 74 et s.

(remède propre à la *Common law*) à un grand groupe de personnes non parties – au moins à son origine – à la procédure (principe dérogatoire admis jusque là seulement en *Equity*).

Le second lui est extrinsèque. Il tient tout simplement à la multiplication des situations dans lesquelles les règles relatives à la jonction d'instance et à l'intervention sont inapplicables en raison du nombre de personnes susceptibles de devenir parties à l'instance. Il s'agit d'une conséquence logique du développement de la société industrielle, au sein de laquelle il était déjà devenu fréquent depuis longtemps au milieu des années 1930, qu'une personne (la plupart du temps une entreprise de taille importante) adopte un comportement identique à l'égard d'un grand nombre de personnes, causant ainsi une série de dommages qui peuvent être distincts mais qui possèdent une origine commune. Dans ce genre de situation, il est possible de procéder à la réparation de ces dommages au sein d'une instance unique. Cet avantage a été très rapidement identifié par les avocats aux prises avec la réalité économique de leur pays.

Parmi ceux-ci, il convient de mentionner les noms d'Harry Kalven et Maurice Rosenfield, auteurs d'un très influent article en 1940<sup>23</sup>. Œuvre programmatique, il frappe par l'exhaustivité de leur réflexion. Toutes les questions posées par les actions de groupe modernes y sont mentionnées : la rationalité économique du mécanisme, les difficultés de financement des actions, les enjeux liés à la réputation des entreprises poursuivies<sup>24</sup>, les exigences éventuelles de notification aux membres du groupe<sup>25</sup>, la rémunération des avocats<sup>26</sup>, la gestion des sommes versées par le défendeur<sup>27</sup>, la fonction régulatrice des actions de groupe<sup>28</sup>, etc. La démarche qu'ils empruntent est très différente de celle de Moore. Résolument prospective, elle s'appuie moins sur la jurisprudence passée en matière de « *class suits* » que sur les législations modernes apparues notamment avec le *New Deal* en droit du travail<sup>29</sup> ou en droit des sociétés<sup>30</sup>. C'est donc clairement dans ce contexte de réforme économique profonde, d'inspiration keynésienne plus ou moins marquée, que s'inscrit l'apparition des *class actions* modernes. Harry Kalven et Maurice Rosenfield pouvaient ainsi affirmer très clairement qu'il n'y a pas d'opposition entre le renforcement de l'action régulatrice des pouvoirs publics, au moyen de la création d'agences administratives, et le développement d'actions collectives

---

<sup>23</sup> H. Kalven, M. Rosenfield, « The contemporary function of the class suit », *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, 1941, n° 4, p. 684.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 691.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 693.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 714-715.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 694.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 717-721.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 699. Des formes d'actions collectives propres au droit du travail avaient ainsi déjà été créées afin de renforcer les droits des travailleurs, à rebours des prescriptions du libéralisme classique.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 694.

destinées à favoriser la défense d'intérêts individuels : au contraire, ces deux méthodes sont pour eux tout à fait complémentaires<sup>31</sup>.

La réforme des *Règles fédérales de procédure civile* intervenue en 1966, et en premier lieu de la *Règle 23*, a permis par la suite un essor encore plus considérable des *class actions*<sup>32</sup>. Derrière les amendements très techniques de ce texte (notamment quant aux modalités d'adhésion des membres au groupe bénéficiaire de l'action), il faut cette fois bien voir une ambition de réforme économique et sociale. Les *class actions* deviennent alors le bras procédural du droit de la consommation naissant et des nouvelles lois fédérales en matière de droits civils. En ce sens, la réforme de 1966 peut être rattachée au projet de *Great Society* promue par Lyndon Johnson. Celui-ci appartient, comme le *New Deal* de Roosevelt, à l'ère idéologique que Duncan Kennedy a nommé « le social »<sup>33</sup>, marquée par une prise en compte accrue des réalités matérielles dans lesquelles les individus exercent leurs choix économiques et la promotion de la régulation des rapports entre acteurs de pouvoirs économiques inégaux (salariés et patrons, locataires et propriétaires, etc.). Il est pour cette raison impossible d'associer les *class actions* aux principes libéraux classiques, et encore moins aux doctrines néolibérales dont la formulation et la popularisation sont, pour l'essentiel, postérieures. L'influence de celles-ci se fait pourtant aujourd'hui clairement ressentir dans le droit américain des actions collectives.

## B. L'INFLUENCE DU NEOLIBERALISME SUR LA JURISPRUDENCE RECENTE EN MATIERE DE CLASS ACTIONS

Il est impossible d'expliquer l'évolution de la jurisprudence américaine en matière de *class actions* sans tenir compte du contexte dans lequel elle est survenue. Cette voie procédurale, si dérogoire aux principes traditionnels de procédure civile, a suscité des débats importants à partir des années 1970, moment qui correspond à la fois à une très forte croissance des actions engagées en ayant recours à cette procédure, et à la montée en puissance du discours néolibéral. A force de répétition, ce dernier a contribué à populariser ce qu'un

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 721. Les auteurs finissent leur article en concluant que tous les jeunes diplômés des écoles de droit n'ont pas vocation à « aller à Washington », défendant ainsi l'idée que les avocats de tous les pays et les juristes travaillant au service de l'administration fédérale poursuivent un même but de défense des intérêts individuels des citoyens face aux pratiques abusives des entreprises que produit naturellement une économie de marché complètement libre.

<sup>32</sup> B. Allard, *op. cit.*, par. 86 et s.

<sup>33</sup> D. Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in D. Trubek, A. Santos (dir), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge UP, 2006, p. 37 et s.

auteur a qualifié de « mythe du chantage » au sujet des *class actions*<sup>34</sup>, et que l'on peut rattacher à une hostilité plus large envers un supposé phénomène « d'explosion contentieuse »<sup>35</sup>. L'idée fondamentale est que les grandes entreprises sont condamnées trop souvent<sup>36</sup>, parce qu'elles seraient les victimes d'un chantage organisé par des avocats peu scrupuleux recherchant avant tout un profit personnel, au mépris des droits des personnes censées bénéficier des actions qu'ils initient<sup>37</sup>. Le rapport coût-avantage des *class actions* serait donc défavorable : à rebours des premières analyses économiques qui avaient accueilli la *class action* comme un moyen d'inciter les entreprises à adopter des comportements vertueux (ou, plus simplement, licites...), le discours néolibéral les présente comme un mécanisme injuste qui conduirait à la condamnation systématique des entreprises les plus prospères, nuisible donc à la bonne marche de l'économie<sup>38</sup>.

Très présent dans le débat public aux Etats-Unis, ce discours est fréquemment dénoncé par une partie importante de la doctrine américaine en raison de l'absence complète de données permettant de le confirmer, si bien qu'on a pu affirmer qu'il s'agissait d'une simple « variation de l'agenda néolibéral favorable au monde des affaires »<sup>39</sup>. Plus précisément, la défense des grandes entreprises et surtout le refus de leur assigner aucune autre mission que la recherche du profit pour leurs actionnaires sont des marqueurs de la pensée néolibérale, qui a notamment conduit à la très forte augmentation des rémunérations des dirigeants de ces entreprises, afin d'aligner leurs intérêts sur ceux des actionnaires<sup>40</sup>. La conséquence de la propagation du « mythe du chantage » est la diffusion d'un sentiment de crise, qui appelle une seule réponse : la remise en cause de l'efficacité des *class actions*. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis en la matière<sup>41</sup>.

Celle-ci est toutefois rarement justifiée en ces termes. La motivation des arrêts ayant progressivement réduit le champ d'application des dispositions de la *Règle 23* reste pourtant nettement marquée par une approche néolibérale : ce

---

<sup>34</sup> Pour une description de la montée en puissance du discours hostile aux *class actions*, v. C. Batholomew, « Redefining Prey and Predator in Class Actions », *Brooklyn Law Review*, vol. 80, 2015, n° 3, p. 758 et s.

<sup>35</sup> D. Bassett, « When Reform Is Not Enough... », *préc.*, p. 928.

<sup>36</sup> C. Batholomew, « Redefining Prey and Predator in Class Actions », *préc.*, p. 746.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 759 et s.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 763.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 748.

<sup>40</sup> Ph. Mirowski, « Defining Neoliberalism », *préc.*, p. 439.

<sup>41</sup> En contrepoint, les modifications apportées au texte de la Règle 23 depuis la grande réforme de 1966 sont restées relativement imperméables à ce discours, même les dernières entrées en vigueur en 2003 et 2018 (et alors même que la procédure mise en place par le *Rules Enabling Act* pour amender les *Règles fédérales de procédure civile* est placée sous le contrôle de la Cour Suprême elle-même). Elles ont surtout eu pour objet de pratiquer la pratique des tribunaux en matière d'approbation des accords transactionnels et de contrôle des honoraires des avocats des demandeurs.

texte a en effet été interprété à la lumière d'une conception très formelle de la liberté, seule à même de le légitimer. L'exemple le plus frappant de cette tendance jurisprudentielle concerne les arrêts relatifs à deux types de clauses fréquemment insérées par les professionnels dans les contrats d'adhésion pour prévenir tout risque d'être la cible de *class actions* : les clauses compromissaires classiques (qui font obligation aux consommateurs de porter leurs réclamations devant un tribunal arbitral), et des clauses portant une interdiction expresse de tout traitement collectif de ces réclamations (« *class action waiver* », addition nécessaire pour empêcher les « *class wide arbitrations* », qui sont l'équivalent arbitral des actions de groupe judiciaires). La Cour Suprême a consacré la validité de ces clauses dans les contrats d'adhésion, principalement par l'arrêt *AT&T v. Concepcion*<sup>42</sup> de 2011, confirmé l'année suivante par l'arrêt *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*<sup>43</sup>. Dans *Concepcion*, une série d'arguments ont été développés pour arriver à cette conclusion. Selon la majorité de la Cour, le *Federal Arbitration Act* n'envisage pas l'hypothèse des arbitrages collectifs, qui n'était probablement même pas connue de ses rédacteurs ; or accepter de considérer les clauses compromissaires interdisant le traitement collectif des recours es clauses comme abusives (« *unconscionability* ») reviendrait à imposer ce dernier dans tous les cas. On sent toutefois à la lecture de la décision que la majorité de la Cour est moins soucieuse du respect des intentions des auteurs du *Federal Arbitration Act* qu'inquiète du développement d'une forme d'arbitrage qu'elle juge très suspecte<sup>44</sup>. La protection des défendeurs, en raison notamment des moindres chances de contrôle judiciaire, lui a paru inférieure à celle fournie par la *Règle 23*. Mais la valorisation « en creux » de la *Règle 23* ne doit pas tromper : l'insistance sur les risques de pression à la transaction que créent toutes les formes de recours collectifs (et donc les actions judiciaires relevant de la *Règle 23* également) révèle l'hostilité profonde de la majorité de la Cour envers les *class actions*. Dans *American Express*, la même majorité de la Cour a tué les espoirs de ceux qui avaient espéré une interprétation souple du principe posé par *Concepcion*, en refusant une application au cas par cas de la mise à l'écart des règles d'interdiction des *class action waivers*. Elle a spécifiquement rejeté l'idée que de telles clauses puissent être en effet écartées lorsqu'elles avaient pour effet de supprimer tout espoir

---

<sup>42</sup> *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 179 L. Ed. 2d 742, 161 Lab. Cas. (CCH) P 10368 (2011).

<sup>43</sup> *American Exp. Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304, 186 L. Ed. 2d 417, 163 Lab. Cas. (CCH) P 10607, 2013-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 78432 (2013).

<sup>44</sup> R. Klonoff, « The Decline of Class Actions », *Washington University Law Review*, vol. 90, 2013, p. 815 et s.

pratique pour les individus concernés d'agir en justice (c'est-à-dire dans les cas où les montants sont trop faibles pour justifier une action individuelle)<sup>45</sup>.

Cette évolution jurisprudentielle de la Cour Suprême, très critiquée<sup>46</sup>, pourrait être la plus sérieusement dangereuse pour l'avenir des *class actions* aux États-Unis<sup>47</sup>, de nature à les neutraliser absolument en matière de consommation<sup>48</sup>. Elle fournit le moyen aux professionnels de se protéger presque absolument contre toute forme de recours collectif. En cela, elle choisit d'ignorer ce pourquoi les *class actions* ont été consacrées par la réforme de 1966 : la reconnaissance que tous les titulaires du droit d'agir en justice ne sont pas placés dans des situations équivalentes, et que la grande disparité qui existe entre leurs situations affecte profondément leur capacité à exercer ce droit dans la réalité. Il est en effet difficile d'ignorer le déséquilibre qui peut exister entre des individus isolés mais placés dans une situation juridique identique par un acteur économique majeur. La puissance financière des pouvoirs privés économiques, leur accès privilégié aux informations concernant leur propre activité et surtout aux compétences des professionnels du droit leur procurent un avantage incontestable, devant et hors des tribunaux. Interpréter les textes applicables aux *class actions* en faisant abstraction de ces réalités revient ainsi à en nier l'utilité même<sup>49</sup>. Cet apparent paradoxe ne peut s'expliquer que par une adhésion aux principes néolibéraux, conduisant « globalement à favoriser la coupure entre l'économie et les réalités sociales, et à construire ainsi, dans la réalité, un système économique conforme à la description théorique »<sup>50</sup>. Il vient donc également confirmer que les *class actions*, bien loin d'être une création du néolibéralisme, en sont devenues aujourd'hui une cible de choix.

---

<sup>45</sup> La majorité a notamment affirmé, en se fondant sur sa décision précédente : « the FAA's command to enforce arbitration agreements trumps any interest in ensuring the prosecution of low-value claims. The latter interest, we said, is 'unrelated' to the FAA. »

<sup>46</sup> V. par ex. J. Wilson, « How the Supreme Court thwarted the Purpose of the Federal Arbitration Act », *Case Western Reserve Law Review*, Fall 2012, p. 91 ; J. Salas, « Has the Supreme Court twisted arbitration agreements into a *de facto* Liability Shield », *Westlaw Journal Class Action*, 2015, vol. 22, n° 4, p. 2.

<sup>47</sup> C. Fisk, E. Chemerinsky, « Failing Faith in Class Actions: Wal-Mart v. Dukes and AT&T Mobility v. Concepcion », *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, n° 7, 2011, p. 73.

<sup>48</sup> R. Klonoff, « The Decline... », *préc.*, p. 819 ; D. Schwartz, « Claim Suppressing Arbitration: The New Rules », *Indiana Law Journal*, n° 87, 2012, p. 267.

<sup>49</sup> Cette tendance se constate sur d'autres questions, comme celle des conditions de certification des *class actions* (Wal-Mart v. Dukes, 564 U.S. 338, 2011), et peut-être bientôt celle du sort des fonds non réclamés par les membres du groupe et de l'application de la doctrine *cy près* (*Frank v. Gaos*, décision attendue en 2019).

<sup>50</sup> P. Bourdieu, « L'essence du néolibéralisme », *Le monde diplomatique*, mars 1998, p. 3.



# ***E PLURIBUS UNUM : DE LA DIVERSITÉ DANS L'UNITÉ***

Par  
Francis Delaporte  
Président de la Cour administrative  
Vice-président de la Cour constitutionnelle  
du Grand-Duché du Luxembourg

En écoutant mon prédécesseur énoncer que pour deux corps qui se rencontrent il se produit soit une fusion soit une scission, je n'ai pu m'empêcher de penser aux thèses avancées par les anciens Grecs, suivant lesquels, en somme, il n'existe que deux sortes de forces dans la nature. D'abord, celles qui divisent, qui vont dans tous les sens – à l'image de nos différentes contributions à ce colloque –, bref qui vont à hue et à dia. D'ailleurs les Grecs les appelaient les forces « *dia* ». Ensuite, celles qui rassemblent, qui remettent ensemble, qui font la synthèse – et je pense au travail de notre rapporteur général Jacques Caillosse – forces que les anciens Grecs désignaient par « *syn* ». En imaginant que ces forces en mouvement étaient en quelque sorte jetées par les dieux, les Grecs, à partir de « *boléin* » signifiant jeter distinguaient les forces participant au « *diaboléin* » – vous voyez pointer le démon – et, à l'autre bout, les forces « *symboléin* ». Tout un symbole.

Je pensais donc vous entretenir de symboles. Ceux qui caractérisent les États-Unis d'Amérique et, plus près de chez nous, ceux du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne. Quelle américanisation constaterons-nous ?

En parlant des symboles qu'ont adoptés les jeunes États-Unis, nous tombons assez vite sur la devise « *e pluribus unum* » avant de nous intéresser au drapeau de la jeune fédération ainsi qu'à l'hymne national ayant directement trait à ce drapeau, « *The star-spangled banner* ». De notre côté de l'océan – on est bien au Havre (dans les deux sens du terme !) –, nous nous intéresserons au drapeau européen, directement inspiré de celui des États-Unis, en passant par l'hymne européen et en nous demandant si l'Union Européenne dispose actuellement d'une devise et, si oui, laquelle. Nous bouclerons la boucle en cherchant le correspondant du *E pluribus unum* en confrontant, le cas échéant, les symboles.

À peine les treize colonies s'étaient-elles déclarées séparées de leur puissance coloniale, la Grande-Bretagne, l'encre des signatures de la déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 n'étant pas encore entièrement sèche, voilà que les délégués désignent le même jour une commission de trois membres chargée de désigner le « *Grand Seal* », c'est-à-dire le grand sceau du nouvel État auquel ils venaient de donner naissance. Cette commission était richement composée par deux futurs présidents des États-Unis et un génie du siècle : le deuxième président John Adams, le troisième, Thomas Jefferson, et Benjamin Franklin. Dans les papiers de Thomas Jefferson l'on a retrouvé une première ébauche du grand sceau. Au milieu du dessin se trouvent six écussons. Ils représentent les patries de l'ancien continent dont provenaient essentiellement les fondateurs des États-Unis : trois représentants la Grande-Bretagne de l'époque et trois représentatifs des pays d'origine majeurs du continent proprement dit. Parmi les premiers, l'on trouve la rose pour l'Angleterre, le chardon pour l'Écosse et la harpe pour l'Irlande. Dans le second groupe on aperçoit le lys pour la France, monarchie préévolutionnaire à l'époque, le lion pour les Pays-Bas et l'aigle bicéphale pour les États germaniques.

Autour de ces écussons du milieu se trouvent en couronne les treize écussons des colonies qui venaient de proclamer leur indépendance, chacune étant indiquée par la première lettre de son nom. L'ensemble de ces écussons est tenu par deux figures allégoriques, l'une féminine, l'autre masculine et une banderole se déroule à leurs pieds. Il y est marqué « *E pluribus unum* ».

Le grand sceau ne sera adopté, il est vrai sous une autre forme, qu'en 1782, mais la banderole y reste avec son inscription « *E pluribus unum* ». Elle se trouve dans le bec de l'aigle américain (le pygargue dont nous avons parlé M. Bottini) représenté en plein centre avec plusieurs attributs faisant référence au chiffre treize : 13 flèches tenues dans sa griffe gauche, une rame d'olivier comportant treize olives tenue dans sa griffe droite, un écusson à treize barres verticales (sept rouges et six blanches) ornant son corps et treize étoiles disposées sur cinq rangées dans l'ordre 1 – 4 – 3 – 4 – 1 suspendues dans une rosace à fond bleu au-dessus de la tête de l'aigle.

« *E pluribus unum* » se traduit en anglais par « *out of many ; one* », en français « à partir de plusieurs, un » ou « à partir d'une multitude, l'unité ». L'idée est claire : les treize colonies entendent mettre en avant leur volonté commune de se fonder à l'avenir en un seul État unique, la désormais célèbre Fédération des États-Unis d'Amérique. L'accent est bien mis sur l'unité. Le temps courant et la position des États-Unis se trouvant magnifiée jusqu'à devenir la « superpuissance mondiale », la vue de l'extérieur ne dégage point cinquante États unis, mais bien les États-Unis comme unité. Que cette unité regroupe cinquante États fédérés, qu'elle couvre des populations d'origines multiples,

qu'elle cache de nombreuses ethnies, fossés politiques et autres, qu'importe. La vue première est celle d'un bloc en apparence monolithique.

Il est vrai qu'avec le temps une deuxième signification a été induite par rapport à la devise « *E pluribus unum* ». Elle devait refléter *le melting pot* américain qui se voulait constituer de telle manière qu'à partir de provenances multiples, de races et de couleurs diverses, un seul peuple se trouvait constitué en peuple américain composé des *american citizens*. En parlant « des Américains » n'a-t-on pas tendance à penser *a priori* aux Américains des États-Unis d'Amérique plutôt que de penser aux Canadiens, aux Américains du Sud ou aux habitants de l'Amérique centrale ....

Une troisième connotation, beaucoup moins véhiculée, pourrait être induite à partir de la devise « *E pluribus unum* ». Les Américains des États-Unis d'Amérique se caractérisent par une *self-confidence* accentuée, sous-tendue par une croyance profonde en la providence divine. Le professeur Jacques Bouveresse nous l'a rappelé ce matin. D'ailleurs, l'avvers du grand sceau représente une pyramide en construction à treize étages non achevés, au-dessus de laquelle se trouve la forme triangulaire classique comprenant à l'intérieur un œil et se rapportant tant à la figure maçonnique bien connue qu'à la connotation chrétienne du Saint Esprit. Sur le bord du haut se trouve inscrite la formule « *annuit co epsit* » qui rappelle que cette démarche des treize colonies s'est faite sous l'œil bienveillant du Tout puissant et en bas de la pyramide se trouve l'autre formule « *novus ordo seclorum* » mettant en exergue un nouvel ordre créé pour les siècles à venir. À partir de cette croyance providentielle rappelant les pionniers partis vers l'outre-Atlantique en vue d'y créer la nouvelle Jérusalem, une idée de peuple élu – un seul parmi tous les autres – peut être dégagée, accompagnant le rêve américain ... D'une certaine manière la devise *E pluribus unum* en serait un reflet.

Mais d'où sort cette devise ? Il est vrai que du temps des Romains, c'est Virgile qui, dans un écrit, somme toute, mineur intitulé « *moretum* » parle d'une couleur – *color e pluribus unus* – en se référant à plusieurs ingrédients qui sont mélangés et dont les couleurs diverses se fondent en une seule couleur ... Si Cicéron dans ses « *de Officiis* » a également utilisé la formule, puis Saint Augustin dans ses « Confessions » en parlant d'aspects de l'amitié, aucune de ces références ne semble avoir directement inspiré les délégués de 1776. L'explication paraît être beaucoup plus banale. D'ailleurs, souvent des explications de grands faits historiques ou de devises ayant couronné telle ou telle campagne illustre reposent sur des éléments d'une banalité à couper le souffle.

Il se fait que dans les jeunes colonies anglaises du début du XVIII<sup>e</sup> siècle, dans la haute société éduquée, un périodique avait particulièrement la cote. Il s'appelait « *Gentlemen's Magazine* », paraissait mensuellement et connaissait à

la fin de l'année une édition spéciale regroupant un recueil de celles ayant paru durant l'année en question. Sur cette édition qui regroupait les articles « *best of* » figurait une main tenant un bouquet de fleurs assortie de la formule latine « *E pluribus unum* ». Tous les magazines de l'année se retrouvaient ainsi regroupés en un seul. C'est cette formule qui est regardée comme ayant été à l'origine de la devise des jeunes États-Unis d'Amérique. Celui auquel on prête la paternité de la devise est un jeune peintre français du nom de Pierre Eugène du Simeyère. Enfin, la formule revêt la particularité d'être composée de treize lettres.

Bien que la devise figure aujourd'hui encore sur le Grand Sceau, ainsi que sur les Sceaux du président, du vice-président et de la Cour Suprême des États-Unis, la formule n'est plus actuellement la devise officielle des États-Unis, encore qu'elle continue de figurer également sur certaines pièces de monnaies émises par la banque fédérale. En effet, en pleine guerre froide, les campagnes du sénateur McCarthy ravageant l'Union, sous le président Eisenhower, une nouvelle devise fut adoptée : « *in God we trust* ». Cette devise confirme le caractère providentiel sous lequel aiment à se placer les citoyens américains. Une référence à « *God* » serait impensable sur le vieux continent. Elle fait d'ailleurs défaut dans la soi-disant Constitution européenne, fonction qu'est appelé à revêtir le traité de Lisbonne de 2007.

Avant de nous tourner vers l'Europe, jetons un coup d'œil sur le drapeau américain et l'hymne national qui s'y réfère.

Après quelques essais restés infructueux, l'on prête à Betsy Ross, jeune marchande couturière de Philadelphie, la paternité du modèle du drapeau qui est à l'origine du *star-spangled banner*, le drapeau actuel des États-Unis composé de treize barres verticales – sept rouges tenant six blanches – et d'un rectangle bleu situé au niveau du coin supérieur gauche sur fond duquel se trouvent agencés autant d'étoiles que d'États membres de la fédération. Betsy Ross avait l'avantage d'être la nièce d'un membre de la convention, Georges Ross, et sa chaise de prière aurait été voisine de celle de Georges Washington. Autant de qualités à la prédestiner à la confection du modèle du premier drapeau américain. Betsy Ross aurait cousu treize étoiles blanches articulées en cercle sur le rectangle bleu azur figurant en haut à gauche du drapeau. Voilà l'origine à la fois du drapeau des États-Unis et en quelque sorte du drapeau européen.

Il est vrai que lorsqu'en 1795 deux nouveaux États ont rejoint la jeune Union, à savoir le Kentucky et le Vermont, le drapeau évolua en ce sens que le cercle fut remplacé par une constellation de quinze étoiles, étalées sur 5 rangées à 3 étoiles et que le nombre des barres verticales fut également augmenté de deux, une rouge et une blanche. Lorsqu'à la prochaine adjonction de cinq États nouveaux en 1818 – le Tennessee, l'Ohio, l'Indiana, le Mississippi et la Louisiane – un nouveau drapeau dut être conçu, l'on se rendit compte que le nombre pair des États aurait rompu avec la vision de Washington : les barres

blanches étaient là pour garder à distance les barres rouges qui rappelaient l'ancienne puissance coloniale de la Grande-Bretagne. Sans doute le nombre élevé de barres verticales faisait perdre en lisibilité au drapeau et l'on décida de retourner au modèle originaire de Betsy Ross à treize barres verticales. Tout comme en 1795, fini le cercle. Ici encore les étoiles étaient devenues trop nombreuses et au nombre de vingt elles étaient facilement répartisables en quatre rangées horizontales à cinq étoiles. Il fut décidé que c'était chaque fois à la date de la fête nationale, par référence à la déclaration d'indépendance le *4th of July*, que le nouveau drapeau fut officiellement mis en place en ajoutant autant d'étoiles que de nouveaux États admis à la fédération durant l'année précédente. La dernière fois, le 4 juillet 1960, le drapeau vit porter le nombre des étoiles de 49 à 50 en l'honneur des îles Hawaii qui venaient de rejoindre l'Union en 1959.

Le texte de l'hymne américain est dû à un jeune avocat Francis Scott Key qui le conçut lors de la guerre anglo-américaine de 1812. La tradition veut que ce fut lors du bombardement du Fort Henry près de Baltimore dans l'État du Maryland par des navires britanniques de la Royal Navy qui entraient dans la baie de Chesapeake, que l'idée en est venue à son auteur. Les versions divergent, mais la plus plausible va dans le sens que ce jeune avocat, en vue de solliciter la libération d'un de ses mandants, se serait adressé aux autorités britanniques la veille des combats, mais sur toile de fond de soupçons d'espionnage, il aurait été retenu. La nuit fut entrecoupée de bourdonnements dus aux bombardements du Fort Henry et tôt le matin, cela aurait été le soulagement de Francis Scott Key, qui, voyant le drapeau américain toujours attaché à son mât qui allait se refléter dans les célèbres paroles du *star-spangled banner*. Ce n'est qu'en 1915, sous la présidence de Woodrow Wilson, que ce texte fut officiellement adopté comme étant celui de l'hymne national américain. C'est d'ailleurs la fille du président qui allait le chanter pour un de ses premiers enregistrements de l'époque.

Ce n'est qu'en 1917 que les États-Unis d'Amérique allaient entrer en guerre au côté des Alliés de l'époque. Si les idées du président Wilson ont clairement imprégné le traité de Versailles à travers notamment la création de la Société des Nations, le mouvement qui allait donner naissance au phénomène d'unification au niveau des États de l'Europe ne se mit concrètement en place qu'à la fin de la seconde guerre mondiale.

Ici encore, il y a de nombreux précurseurs, même si ce sont les célèbres discours du Premier ministre britannique Winston Churchill, défait aux élections de 1945, dont plus particulièrement celui de Zurich de juillet 1946, qui sont regardés aujourd'hui comme étant à l'origine de la mise en place relativement rapide, le 5 mai 1949, d'une organisation internationale devant caractériser la nouvelle Europe démocratique, bâtie sur les idées de la liberté de l'homme et de la sauvegarde de ses droits et libertés fondamentales. Ce fut le Conseil de l'Europe, dont le siège fut fixé à Strasbourg en tant que symbole d'une fraternité

retrouvée entre la France et l'Allemagne. Construit sur la formule classique d'une organisation internationale inter-gouvernementale, il fut à l'origine, peu après sa création, de la démarche aboutissant à la mise en place d'un drapeau européen. On prête à une commission présidée par le député Bichet la paternité du drapeau qui allait finalement devenir celui du Conseil de l'Europe de l'époque.

Au début, une première idée consistait à adopter le drapeau du mouvement pan-européen du comte Coudenhove-Kalergi. Il s'agit d'un drapeau représentant un disque jaune sur fond bleu. Le disque comprenait une croix rouge en son milieu. Les délégués turcs au Conseil de l'Europe s'opposaient avec insistance et le projet ne sut aboutir. Une seconde idée était celle de reprendre le drapeau du mouvement fédéraliste européen qui se caractérise par un « E » majuscule de couleur verte laissant le reste du drapeau en couleur blanche. On prête au président du Conseil Paul Raynaud la boutade que ce drapeau représentait un caleçon sur une prairie verte.

Les idées convergeaient vers la couleur bleu azur et la représentation d'une étoile dorée. Quant à la couleur bleue, deux explications majeures sont avancées : l'une se réfère directement au rectangle du drapeau américain en relais par rapport à la couleur du ciel, couleur d'ailleurs présente sur bon nombre de drapeaux des États fondateurs du Conseil de l'Europe – dix en tout en 1949. Leur nombre sera de 15 en 1953. Il est actuellement de 47.

L'autre explication tient à ce que, classiquement, – le drapeau olympique reflète ses données –, quatre continents sont rattachés à une couleur : le rouge pour les Amériques, le jaune pour l'Asie, le Noir pour l'Afrique et le vert pour l'Australie. Restait donc la couleur bleue pour l'Europe. L'OTAN allait également se doter d'un drapeau dont la couleur de base est le bleu et qui représente une rose des vents placée en plein milieu.

L'idée de l'étoile unique ne fit pas l'unanimité, mais bien sa couleur dorée, expression de pureté, de richesse et de primeur. C'est alors le modèle du premier drapeau américain dû à Betsy Ross qui amena les délégués de la commission Bichet à imaginer le drapeau européen en tant que représentant, sur fond bleu azur, un cercle comportant quinze étoiles. Nous sommes en 1953 et le nombre des participants au Conseil de l'Europe avait entre-temps monté de 10 à 15.

La parenté américaine par rapport à ce drapeau européen est manifeste.

Seulement, voici que les délégués de la République Fédérale d'Allemagne s'opposèrent à pareil drapeau. Leur problème consistait en ce qu'ils ne voulaient pas pérenniser le statut de la Sarre, qui, à l'époque, sur base de son contexte spécial, figurait parmi les membres du Conseil de l'Europe. C'est finalement le statut de la Sarre et l'opposition de la République fédérale allemande de l'époque qui firent ne point aboutir le drapeau à 15 étoiles.

Il y eut un reflux. De nouvelles propositions furent émises. L'on proposa notamment un drapeau comportant 8 anneaux en or sur fond bleu. La confusion possible avec le drapeau olympique aboutit à ce que ce projet ne fut point retenu. C'est finalement en 1955 que l'on revint à l'idée du drapeau à la Betsy Ross, sauf à y implanter un nombre symbolique d'étoiles qui n'allait pas correspondre au nombre des États membres du Conseil de l'Europe.

Quel nombre plus énigmatique que le nombre 12 aurait pu être retenu ?

Ce nombre mythique qui symbolise la plénitude et la perfection n'est-il pas accompagnateur depuis des millénaires des cultures ayant donné naissance aux civilisations de l'Europe ? N'est-il pas universel ? Les 12 heures de la montre, les 12 mois de l'année, les configurations de la constellation du ciel, du moins dans nos hémisphères ... Le Conseil de l'Europe lui-même renverra aux 12 fils de Jacob ainsi qu'aux 12 apôtres.

12 n'est-il pas à l'origine du croisement de l'éternel féminin avec l'éternel masculin ? En effet, si le chiffre 2 est symboliquement féminin, le chiffre 4 ( $2 \times 2$ ) l'est à plus forte raison, surtout à partir d'une époque où la terre était représentée comme étant un pré carré. Le chiffre 3 étant le symbole masculin par excellence, l'addition  $3+4 = 7$  donna lieu à tout un symbolisme et, plus encore, la multiplication  $3 \times 4 = 12$ ...

Bref, 12 étoiles seront disposées à l'image des heures sur un cadran de manière absolument symétrique. Il s'agira d'étoiles en pentagrammes avec une pointe d'étoile dirigée vers le Nord. Vérifiez pour tout drapeau européen s'il est bien pendu : Il faut que les étoiles soient pointées vers le Nord, vers les cieux, l'azur. Autre symbole !

Ce drapeau devait être adopté par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe qui s'est réuni à Strasbourg durant la période du 8 au 10 décembre 1955. La décision devait être prise le 9 décembre. De fait, il paraît que les ministres, ayant tellement bien avancé dans leur programme, adoptèrent le drapeau le 8 décembre 1955, fête de la conception immaculée de Marie. Il est vrai que sur le tard un collaborateur du Conseil de l'Europe, également artiste peintre alsacien, Arsène Heitz, qui avait été sollicité pour développer des maquettes du drapeau finalement adopté, déclara qu'en procédant à son travail, il ne pouvait s'empêcher de penser aux 12 étoiles entourant la tête de la Vierge Marie, notamment celle représentée à la rue du Bac à Paris. Il est vrai encore qu'une référence de l'Apocalypse de St-Jean parle d'une femme dont le corps brillait comme un soleil, qui sous ses pieds tenait la lune et au-dessus de sa tête voyait installée une couronne à 12 étoiles. Il est de plus vrai que le Conseil de l'Europe fit don en 1956 d'un vitrail à placer au niveau de la cathédrale Notre-Dame de Strasbourg en remplacement d'un ancien vitrail soufflé pendant la deuxième guerre mondiale. Sur ce vitrail figure une représentation de la Vierge Marie sur fond de ciel bleu, 12 étoiles se trouvant en couronne au-dessus de sa tête. Le

Conseil de l'Europe aurait voulu marquer à jamais sa présence dans la capitale alsacienne et un autre artiste alsacien, Monsieur Ingrand, se trouve à l'origine de l'œuvre.

Je cite tous ces détails parce que pas plus tard qu'en octobre 2017, le chef de file de la France insoumise à l'Assemblée nationale, Monsieur Mélenchon, mit en cause la présence du drapeau européen à côté du drapeau français dans l'hémicycle de l'assemblée. Ce drapeau n'aurait pas de base juridique et, de plus, il aurait une connotation mariale incompatible avec le principe de laïcité. Cette connotation vient d'être expliquée.

Il résulte cependant également des développements qui précèdent que le drapeau européen, suite à l'incident autour de la question de la Sarre, est clairement à relier au modèle du drapeau américain et plus particulièrement au projet de Betsy Ross.

Pour faire le lien, il faut savoir encore que la Communauté Européenne, à force notamment pour le Parlement européen d'avoir siégé dans les locaux du Conseil de l'Europe au Palais de l'Europe le long de l'allée Robertsau à Strasbourg, finit par adopter le drapeau initialement conçu pour le Conseil de l'Europe. Ce fut en 1985 lorsque « *l'Europe* » n'avait que 10 membres et qu'à la date du 1<sup>er</sup> janvier 1986 deux nouveaux États membres allaient rejoindre la Communauté de l'époque : l'Espagne et le Portugal. À partir de cette date, la Communauté était bien à 12 et le nouveau drapeau tombait à pic. Seulement, la Communauté européenne fit preuve de la même sagesse qu'avant elle le Conseil de l'Europe et maintint l'anneau symbolique aux 12 étoiles en s'affranchissant de toute référence au nombre exact des États membres. Ainsi, aucune difficulté de changement de drapeau n'eut lieu d'être lors des différents élargissements de la Communauté, puis de l'Union. Sans être pessimiste, une sortie due à quelque Brexit n'y changera rien non plus.

Quel est d'ailleurs le statut juridique des symboles de l'Union Européenne, y compris l'hymne européen et la devise de l'Union Européenne ? D'ailleurs, est-ce que l'Union Européenne disposerait d'une devise ?

Quelle serait-elle ?

Avez-vous conscience de la connaître ?

On retrouve une consécration juridique des symboles de l'Union européenne au niveau du Traité constitutionnel de 2004, encore appelé Traité de Rome de 2004. C'est l'article I-8 qui consacre à la fois le drapeau européen, l'hymne européen et la devise de l'Union Européenne. Quelle devise ?

Oui, pareille devise existe.

Il est intéressant de noter que la procédure de sélection de pareille devise n'a pas été usuelle. Aujourd'hui l'on dirait qu'il s'agissait d'une procédure « *bottom up* ». L'on se situait à l'approche du cinquantième anniversaire du discours de la salle de l'horloge du Quai d'Orsay prononcé par le ministre des Affaires

étrangères français de l'époque, Robert Schuman, un des pères de l'Europe. D'ailleurs, Robert Schuman est né à Luxembourg-Ville et avait comme langue maternelle le francique luxembourgeois. Il tenait son célèbre discours le 9 mai 1950, bien sûr en français. L'inspirateur du discours était bien Jean Monnet.

Un journaliste du quotidien Ouest-France lança l'idée en 1998 de la sélection d'une devise européenne à l'image de celle des États-Unis d'Amérique. Il s'agissait de Patrick La Prairie qui eut l'idée de contacter les étudiants de l'enseignement secondaire dans les 15 pays membres de l'époque et de faire choisir par les jeunes, futurs citoyens de l'Europe, une devise caractérisant précisément la construction européenne. Au total quelque 80 000 propositions furent émises par les jeunes des 15 pays membres de l'époque. Un comité de sélection fut désigné, composé de représentants des 15 pays en question. Une première sélection fut faite et soumise à un comité présidé par l'ancien président de la Commission européenne Jacques Delors. Ce comité sélectionna 7 devises. Les opérations de sélection eurent lieu à proximité d'ici en Normandie, à savoir près du Mémorial de Caen.

Deux devises étaient finalement en lice. Celle qui ne fut pas retenue est la devise ayant accompagné l'État belge depuis sa création en 1830 : « l'Union fait la force ». Étaient-ce les tergiversations de la Belgique de l'époque en quête d'un statut fédéral, éminemment complexe, tenant compte des impondérables des différentes communautés linguistiques, qui firent se désister les membres du jury ? Le fait est que l'autre devise proposée en dernier lieu fut retenue. Dans la version officielle en latin, à l'instar de celle des États-Unis, la devise remise par le président du comité de sélection Jacques Delors à la présidente de l'époque du Parlement Européen, Madame Nicole Fontaine, s'articulait comme suit : « *in diversitate concordia* ».

En français : on parlait à l'époque de « l'unité dans la diversité ». La même formule sonne en allemand « *in Vielfalt geeint* » et en luxembourgeois « *a Vilfalt gëeint* ». La formule la plus rythmée est celle en roumain : « *unitate în diversitate* ». La devise a le mérite de mettre l'accent sur la diversité maintenue dans l'Union. Elle résulte des parcours historiques et culturels propres aux différents États membres, ferments de cette variété. Elle se trouve en quelque sorte aux antipodes du « *E pluribus unum* » qui met clairement l'accent sur l'« *unum* », quitte à ce que dans les deux cas le point de départ soit bien la diversité.

La devise européenne existe bel et bien et il est étonnant dans quelle mesure peu de citoyens européens sont à même de s'y référer.

Mettons brièvement le projecteur sur l'hymne européen avant de nous pencher finalement sur le statut juridique des symboles de l'Europe.

Dès l'année 1950, le comte Coudenhove-Kalergi milita pour que l'Ode à la joie du mouvement final de la neuvième symphonie de Ludwig van Beethoven

soit adoptée comme hymne européen. Au passage il convient de signaler que le même quatrième mouvement de la neuvième symphonie de Beethoven tint lieu d'hymne national « inofficiel » de rechange à la jeune République fédérale allemande durant les premiers temps après sa mise en place en 1949.

Ici encore, l'hymne européen a été adopté d'abord par le Conseil de l'Europe en 1972 qui faisait plus précisément du thème musical de l'Ode à la joie de Beethoven son hymne. Rappelons que le texte de l'Ode à la joie provient du célèbre auteur allemand Friedrich von Schiller qui le rédigea en 1785 dans un contexte d'effervescence romantique prérévolutionnaire. Beethoven par contre adopta le texte en 1824, en pleine période de restauration, pour l'intégrer au niveau du quatrième et dernier mouvement de sa neuvième symphonie, sa dernière. Les instances européennes demandèrent au chef d'orchestre Herbert von Karajan d'arranger la version officielle de l'hymne européen. Cet arrangement dure environ deux minutes et adopte un tempo plus lent que celui choisi par Beethoven.

C'est en 1985 que les chefs d'État et de gouvernement des États membres ont adopté comme hymne officiel de l'Union Européenne ce même hymne précédemment choisi par le Conseil de l'Europe. Il s'agit bien de l'hymne qui est appelé à évoquer, grâce au langage universel de la musique, des idées de liberté, de paix et de solidarité incarnées par l'Europe. Il fut précisé à l'époque que l'hymne européen n'était pas destiné à remplacer les hymnes nationaux des pays de l'Union Européenne mais à célébrer les valeurs qu'ils partagent.

Le statut juridique des symboles de l'Europe, tel qu'ancré dans le Traité constitutionnel de 2004 n'a cependant pas été maintenu dans la version définitive qui allait devenir le Traité de Lisbonne de 2007. Pour un certain nombre d'États membres, ces symboles avaient tendance à mettre en exergue des aspects fédéralistes trop marqués, de sorte qu'aucun consensus n'a pu être trouvé afin de retenir au niveau du Traité de Lisbonne un article consacrant les symboles de l'Europe à l'image de l'article I-8 ayant figuré au Traité constitutionnel de 2004, par ailleurs jamais entré en vigueur.

Il est vrai qu'un autre consensus a pu être trouvé en ce sens que l'article 2 du Traité de Lisbonne énonce dorénavant les valeurs communes aux États membres de l'Union Européenne.

Seulement, certains États membres au nombre de 16 conviennent de signer une déclaration qui va porter le numéro 52 et qui est jointe, parmi beaucoup d'autres, au Traité de Lisbonne.

Cette déclaration se lit comme suit : « 52. Déclaration du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République fédérale d'Allemagne, de la République hellénique, du Royaume d'Espagne, de la République italienne, de la République de Chypre, de la République de Lituanie, du Grand-Duché de Luxembourg, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la

République d'Autriche, de la République portugaise, de la Roumanie, de la République de Slovénie et de la République slovaque relative aux symboles de l'Union Européenne.

La Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, la Chypre, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie et la Slovaquie déclarent que le drapeau représentant un cercle de douze étoiles d'or sur fond bleu, l'hymne tiré de « l'Ode à la joie » de la neuvième symphonie de Ludwig van Beethoven, la devise « unie dans la diversité », l'euro en tant que monnaie de l'Union Européenne et la journée de l'Europe le 9 mai continueront d'être, pour eux, les symboles d'appartenance commune des citoyens à l'Union Européenne et de leur lien avec celle-ci ».

Vous aurez remarqué que la République française ne figure pas parmi les signataires de la déclaration 52 en question. Quel a dès lors pu être le statut des symboles de l'Union Européenne par rapport à la République française ? C'est reposer la question de la présence du drapeau européen à l'hémicycle de l'assemblée nationale. En réponse, du moins indirecte, à cette question, par lettre adressée par le président de la République française Emmanuel Macron au président du Conseil européen Donald Tusk le 19 octobre 2017, la France est devenue le 17<sup>e</sup> État à reconnaître le drapeau européen et les autres symboles de l'Union Européenne en se joignant à la déclaration numéro 52. En termes de statut juridique des symboles de l'Europe reconnus par la France, ce fut pour le moins un pas en avant....

La présente contribution relate, avec le maximum d'authenticité, l'intervention orale telle que présentée au colloque du Havre le 16 novembre 2017, sans notes et sur digestion cérébrale dans l'esprit ancien des druides qui furent nos précurseurs.



# L'AMÉRICANISATION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Par  
Michel BRUNO  
Doyen honoraire de la  
Faculté des Affaires internationales  
de l'Université Le Havre-Normandie

« Toute puissance est faible à moins que d'être unie » a écrit Jean de La Fontaine autrement dit l'Union fait la force. L'américanisation du droit de l'Union européenne ou dit de façon différente mais plus précise : l'influence du droit des États-Unis d'Amérique et de ses pratiques politiques sur le droit de l'UE est une évidence. L'UE et ses États membres ont toujours été naturellement attirés par les États-Unis tantôt admiratifs, tantôt dubitatifs voir critiques mais l'Europe a toujours été placée sous cette influence depuis la révolution américaine et l'indépendance qui en a découlé avec le traité de Paris de 1783. Cette étude n'a pas la prétention d'être exhaustive et ne traitera que de certains aspects de cette question. De plus les points étudiés ne seront vus que de façon superficielle car pour chacun d'eux une étude beaucoup plus approfondie serait nécessaire. Avant d'aborder le vif du sujet, il est important de faire une remarque sur le droit américain qui a servi de comparaison avec le droit de l'Union européenne pour faire ce travail de réflexion. Il s'agit de bien délimiter le sujet qui est déjà vaste et qui serait encore plus vaste si on ne s'imposait pas ce préliminaire. En effet, dans son champ d'acceptation le plus large, le sujet pourrait englober tous les droits des pays du continent américain mais d'emblée nous avons écarté cette acception qui n'aurait pas eu d'intérêt. De plus quand on évoque l'Amérique, on pense généralement aux États-Unis. Toutefois, le droit américain recouvre deux degrés avec le droit fédéral et le droit des États fédérés qui pour ce dernier diffère entre les États dans de nombreux domaines en particulier dans le domaine pénal. Nous nous contenterons donc de comparer quelques grands traits du droit fédéral américain avec celui du droit de l'UE.

Nous évoquerons tout d'abord l'influence du droit constitutionnel américain sur l'architecture européenne elle-même c'est-à-dire sur le droit institutionnel de l'UE (I) ensuite, nous verrons quelques-unes des influences du droit des États-Unis sur le droit matériel de l'UE et sur ses politiques (II).

## I. L'INFLUENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL AMÉRICAIN SUR L'UE : UN MODÈLE MAIS DIFFICILE A IMITER

Il y a eu tout d'abord le vent révolutionnaire américain qui est venu souffler sur le vieux continent européen ses idées nouvelles en montrant que la théorie peut s'appliquer et que le pacte social n'est pas un vain mot (A). Ensuite, nous verrons le faible impact du contenu de la constitution américaine sur le droit institutionnel de l'UE (B).

### A. L'INFLUENCE DE L'IDEE D'UNE CONSTITUTION FEDERALE.

Le mouvement constitutionnaliste venu des États unis d'Amérique à partir de 1787 a nourri les débats en Europe et tout particulièrement en France dont la première constitution écrite de 1791 est directement issue même si l'influence de Locke, de Montesquieu et d'autres penseurs a également joué. Il est nécessaire de faire remarquer ici que Thomas Jefferson<sup>1</sup> après avoir rédigé la déclaration d'indépendance des treize colonies anglaises d'Amérique adoptée le 4 juillet 1776 par le deuxième congrès continental réunissant les colonies anglaises « révoltées au nom du droit public anglais » comme l'a indiqué Edmund Burke devant la chambre des communes à l'époque, a vécu à Paris en qualité d'ambassadeur de 1785 à 1789 des treize colonies confédérées avec le traité de 1781<sup>2</sup>. Thomas Jefferson a donc influencé directement tout une partie des

---

<sup>1</sup> Thomas Jefferson juriste de formation, était très fier à la fin de sa vie de trois des ses réalisations : la déclaration d'indépendance, la loi sur la liberté de religion et la création de l'Université de Virginie. Il a aussi écrit notamment un « aperçu sur les droits de l'Amérique » en 1774 ce qui l'a amené à rédiger la déclaration d'indépendance. Il a créé le parti anti-fédéraliste ancêtre du parti démocrate et a été président des U.S.A. entre 1801 et 1809.

<sup>2</sup> On considère généralement qu'il a été aidé dans sa tâche par John Adams qui a été président des U.S.A. entre 1797 et 1801 après la présidence de George Washington de 1789 date d'entrée en vigueur de la constitution à 1797. John Adams a fondé le parti fédéraliste. Il a eu comme vice président Thomas Jefferson car à l'époque le ticket n'existait pas. Le parti fédéraliste a imposé sa vision constitutionnelle qui est une première à l'époque avec la première constitution écrite du monde moderne et fédérale celle adoptée à Philadelphie en 1787. Le parti anti-fédéraliste de Jefferson ou parti dit « républicain-démocrate » voulait que les anciennes colonies aient plus de pouvoirs et disposent de plus d'autonomie vis-à-vis du pouvoir central.

révolutionnaires français avec bien entendu le marquis général de Lafayette en premier lieu qui était déjà revenu d'Amérique avec beaucoup d'idées nouvelles. Il faut rappeler que Thomas Jefferson a revendiqué dans la déclaration d'indépendance des treize colonies anglaises d'Amérique en faveur de celles-ci la mise en pratique d'une nouvelle théorie de l'État et du gouvernement. Cette nouvelle théorie s'appuie sur les thèses de l'école du droit naturel avec en particulier la reconnaissance de droits et de libertés pour les citoyens et parallèlement la limitation des pouvoirs du souverain sur ses sujets. Depuis 1688, les anglais avaient commencé à mettre en œuvre cette théorie sous l'impulsion de John Locke qui avait réussi à imposer le « *bill of right* » au nouveau Roi et lui a ainsi permis de légitimer son pouvoir sur ses sujets en leur reconnaissant l'exercice de droits et de libertés. C'est le « *political trusteeship* » voulu par John Locke qui est mis en place<sup>3</sup>. Le Roi en échange de droits et de libertés reconnus en faveur des citoyens obtient le pouvoir de gouverner le pays et se doit de respecter ces droits et ces libertés. Thomas Jefferson voulait donc avec les délégués des treize colonies réunis au sein du Congrès que les américains accablés de plus en plus par les impôts anglais sans avoir de représentants à la chambre des communes puissent se libérer du joug anglais<sup>4</sup>. Il voulait aussi une constitution écrite afin d'éviter l'arbitraire mais il n'a pas eu celle qu'il souhaitait pour les anciennes colonies anglaises d'Amérique<sup>5</sup>. Le texte de Jefferson veut enfin la mise en place d'un gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple autrement dit : la démocratie. Ce mouvement constitutionnaliste a, bien entendu, fait naître aussi partout en Europe des envies de textes constitutionnels écrits et des mouvements afin d'éviter l'arbitraire. Ainsi presque partout en Europe, des constitutions écrites ont été rédigées et adoptées à l'instar de la constitution américaine. Plus proches de nous, les pères fondateurs des Communautés européennes ancêtres de l'Union européenne ont été eux aussi particulièrement influencés par l'exemple américain et souhaitaient créer les États Unis d'Europe. On pense ici bien sûr et tout naturellement à Jean Monnet qui est à l'origine de la création en 1955 du « Comité d'action pour les États-Unis d'Europe ». Les Communautés européennes avaient pour vocation dès le départ de fonder une Union sans cesse plus étroite entre les peuples européens comme l'atteste le préambule de la Communauté européenne du charbon et de l'acier figurant dans le traité de Paris de 1951. Petit à petit, selon la politique des petits pas chère à Jean Monnet, les Communautés se sont développées. Le Parlement européen a même adopté en 1984 un projet de traité instituant l'Union

---

<sup>3</sup> Voir « Two treaties of government » de John Locke et notamment un article très intéressant à ce propos de Henry H. Pitt jr : « 385 structures and standards for political trusteeship » in journal of international law and foreign affairs, Université de Californie L.A., winter 2003 p 387 à 471.

<sup>4</sup> Dans un premier temps, il s'agissait de rédiger un simple cahier de doléances adressé au Roi.

<sup>5</sup> Voir notamment : André Kaspi : « Les américains : naissance et essor des États-Unis 1607-1945 » Editions du seuil ou en livre de poche.

européenne sur la proposition initiale du député italien communiste Altiero Spinelli, et du fameux club du « Crocodile ». Ce texte fût enterré rapidement par les Etats membres. Finalement une Union européenne a été créée en parallèle avec les Communautés européennes par le traité de Maastricht en 1992 mais sans la personnalité juridique. Ensuite, les Etats membres ont adopté difficilement en 2004 un traité établissant une constitution européenne mais qui n'avait que peu de rapport avec une véritable constitution fédérale. Puis la Communauté européenne a été transformée en Union européenne avec le traité de Lisbonne suite à l'échec retentissant de la constitution européenne en 2005 puisqu'elle avait été rejetée par référendum par les français et par les néerlandais. Cela a eu pour conséquence de stopper le processus de ratification mais son contenu a été repris en grande partie dans le traité de Lisbonne avec notamment la création d'un Président de l'Union européenne élu par le Conseil européen et l'initiative citoyenne européenne. Mais l'UE est encore dans un système institutionnel intergouvernemental tel qu'en attestent tous les traités signés et ratifiés par les Etats membres à commencer par le traité de Paris de 1951 instituant la C.E.C.A et les deux traités de Rome de 1957 instituant la C.E.E. et la C.E.E.A. Néanmoins, certains aspects la rapprochent d'un système politique fédéral avec en particulier des institutions supranationales telles que la Commission européenne, le Parlement européen, la Cour européenne de Justice et la Cour des Comptes. Aujourd'hui encore la constitution des États-Unis inspire certains hommes politiques et juristes européens qui voudraient encore une Europe fédérale proche de la constitution américaine et ce malgré l'échec du texte de 2004 qui était pourtant très éloigné de la constitution américaine et donc d'une constitution fédérale. La crise économique débutée en 2007, la crise de la dette qui a touché la zone euro, à partir de 2009, la crise migratoire qui a malmené l'Europe de Schengen et la crise du « Brexit » qui a atteint l'ensemble de l'Union européenne, ont toutes malmené les velléités de poursuite de la « construction européenne ». Le droit public américain est malgré tout toujours présent comme étant le modèle à suivre en Europe pour réaliser l'union politique même si les partisans de cette option sont de moins en moins nombreux maintenant. De plus, après tous les élargissements successifs et surtout celui du 1er mai 2004 avec dix nouveaux entrants, puis l'arrivée de deux nouveaux en 2007 et celle de la Croatie en dernier lieu en 2013, il paraît évident que cette voie est devenue très difficile voir impraticable. Certains y voient justement la réponse à tous les maux dont souffre aujourd'hui l'UE. Les Etats unis d'Europe pourraient ainsi pendre en mains le destin de tous ces vieux Etats nations encore faudrait-il qu'ils soient d'accord sur la forme juridique que pourrait prendre ce fédéralisme européen. Ce qui est quasiment impossible même sans les britanniques car plusieurs pays d'Europe de l'est ne sont pas prêts à suivre le couple franco-allemand s'il s'aventurait sur ce terrain. Pourtant, les vieux Etats nations se vident petit à petit

de leur rôle et de leur substance au profit des intérêts privés, sans donner la possibilité à l'Europe de les remplacer. D'ailleurs les gouvernements français et allemands sont-ils prêts pour élaborer une véritable constitution fédérale ? Sont-ils prêts à réaliser une véritable chambre des Etats à la place du Conseil de l'UE ? Sont-ils prêts à créer une véritable Présidence de l'UE héritant des prérogatives du Conseil européen ? Il faudrait pour cela défaire complètement la souveraineté restante des Etats membres, et les transformer en Etats fédérés limités dans leurs compétences ce qui paraît illusoire. L'imitation du fédéralisme américain à l'échelle de l'UE semble donc exclue sauf peut-être si quelques Etats peuvent parvenir à s'entendre. Seule la possibilité d'une troisième voie pourrait associer l'ensemble des Etats membres mais ce ne peut pas être le fédéralisme américain. Si sur la forme le constitutionnalisme américain est exclu tel quel. Pourtant dans son contenu, l'UE pratique un peu le fédéralisme et a repris des éléments propres au droit constitutionnel américain. Cet objet juridique non identifié comme l'ont qualifié certains, en suivant le raisonnement arrêté par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Van Gend en Loos de 1963 : ce dernier évoque « un ordre juridique propre intégré » institué par le traité de Rome le 25 mars 1957 créant la Communauté économique européenne.

## B. LA FAIBLE INFLUENCE DU CONTENU DE LA CONSTITUTION AMERICAINE SUR L'UE

S'agissant de son contenu, la constitution américaine prévoit une répartition des compétences avec des compétences dévolues exclusivement à l'Union, des compétences dévolues exclusivement aux Etats fédérés et des compétences concurrentes dévolues aux Etats fédérés tant que l'Etat fédéral ne décidera pas d'intervenir dans l'un des ces domaines. Pour l'UE, il existait dans le projet de traité instituant une constitution européenne une répartition très proche du système pratiqué par les américains qui a été reprise dans le traité de Lisbonne en 2007. Auparavant, il n'y avait que le principe de subsidiarité qui avait été mis en œuvre par le traité de Maastricht instituant l'Union européenne. Toutefois, les principales fonctions régaliennes restent entre les griffes des Etats membres et donc de la compétence des Etats membres. Seules, l'Union douanière et la politique commerciale commune qui en découle, la conservation des ressources biologiques de la mer, compétences exclusivement dévolues à l'UE par tous les Etats membres, une monnaie unique dévolue à l'UE par certains Etats membres<sup>6</sup> et la suppression des contrôles aux frontières pour les personnes

---

<sup>6</sup> Dix neuf Etats membres

dévolues à l'UE par certains Etats membres<sup>7</sup> ou d'autres Etats extérieurs à l'UE<sup>8</sup>. Ainsi, ce qui relève pour tous les Etats membres de la diplomatie, de la justice, de la police, de l'armée, de la fiscalité pour une grande part, de la monnaie pour neuf Etats et du contrôle aux frontières sur les personnes pour six Etats est de la compétence des Etats membres. La politique agricole commune qui était une compétence exclusive a été rangée dans le traité de Lisbonne dans la catégorie des compétences partagées entre l'UE et les Etats membres. De même pour la politique de concurrence qui était une compétence quasi exclusive de l'UE et qui est classée dans la catégorie des compétences partagées depuis le traité de Lisbonne. La politique régionale commune créée en 1975 est appelée maintenant politique de cohésion économique sociale et territoriale. Elle aussi a été « renationalisée ». Ce mouvement de retour en arrière montre que l'intégration a régressé. Le « fédéralisme européen » est entré en récession avec l'arrivée des nouveaux Etats membres en 2004 car la Commission européenne n'avait pas les moyens financiers ni les moyens humains pour continuer à gérer une union à 25 Etats membres<sup>9</sup> dont plus de la moitié sont des bénéficiaires nets du budget européen. De plus, c'est un fédéralisme à l'envers ou inversé puisque les fonctions régaliennes aux Etats unis d'Amérique sont de la compétence exclusive de l'Etat fédéral alors que dans l'UE elles sont restées pour l'essentiel de la compétence des Etats membres. Peut-on d'ailleurs parler de « fédéralisme européen » ? On devrait plutôt évoquer les termes d'« antifédéralisme européen » car si peu d'éléments vont dans le sens du fédéralisme et beaucoup en revanche vont dans le sens d'une confédération d'Etats. Une autre originalité de l'UE, c'est qu'elle est variable selon les matières concernées mais aussi selon les Etats. Ce qui l'éloigne considérablement du droit constitutionnel américain. Certains ont parlé à juste titre de l'Europe à géométrie variable ou encore de l'Europe des cercles concentriques mais qui se recourent. On peut donc dire que l'UE recouvre plusieurs aspects et possède donc plusieurs constitutions au sens ordinaire du terme ou bien encore plusieurs costumes. En effet, seuls dix-sept Etats membres participent à tout et sont donc les plus intégrés : les dix-neuf membres de l'Euroland moins l'Irlande et Chypre qui ne sont pas dans Schengen. Une véritable constitution pourrait être envisagée pour ceux-là certes mais encore très limitée. Sur la question des institutions, il y a peu d'éléments comparables entre les Etats-Unis et l'UE. On ne peut qu'évoquer l'influence américaine ou plutôt une inspiration américaine avec le Président de l'UE institué par le traité de Lisbonne mais il n'a que peu de pouvoirs pour ne pas dire pas de

---

<sup>7</sup> Vingt deux Etats membres : les 28 moins le Royaume-Uni, l'Irlande, la Roumanie, la Bulgarie, Chypre, et la Croatie.

<sup>8</sup> Les Etats de l'Union nordique des passeports non membres de l'UE et membres de l'Espace économique européen : Norvège, Islande et Liechtenstein auxquels s'ajoute la Suisse.

<sup>9</sup> L'UE est passée à 27 Etats membres en 2007 puis à 28 en 2013. De nombreuses candidatures sont en cours de négociation de la part de pays demandeurs d'aides et il y a aussi la candidature de la Turquie en attente

pouvoirs comparés à ceux du Président des Etats unis d'Amérique et il n'est pas l'élu du peuple. Le Parlement européen est aussi resté assez timide en prérogatives même s'il part de loin et qu'il a aujourd'hui acquis certaines lettres de noblesse mais il ne possède toujours pas le droit d'initiative des textes (règlements et directives) alors que la chambre des représentants aux États-Unis détient ce pouvoir. Ce qui n'en fait pas un véritable parlement et ce qui ne fait pas de l'UE une entité démocratique car les représentants des peuples européens n'ont aucun droit d'initiative si ce n'est la faculté de voter des résolutions afin d'alerter la Commission européenne sur tel ou tel point. C'est en effet la Commission européenne qui détient, en droit, le pouvoir d'initiative mais elle doit en pratique le partager avec le Conseil européen qui détient un pouvoir d'impulsion politique. Ici, on pourrait rapprocher le Conseil européen du rôle du Président américain. Par ailleurs, le Conseil de l'Union européenne qui joue le rôle de la seconde chambre dans « l'organigramme constitutionnel européen » n'a rien à voir avec le Sénat américain car il est composé de représentants des gouvernements des Etats membres et non par des sénateurs élus dans chaque État membre. Cette seconde chambre n'a aucun caractère démocratique et n'a rien à faire dans une constitution fédérale. Le système institutionnel européen n'est donc pas démocratique même si au cours du temps le déficit démocratique a été en partie comblé, il reste fort à faire pour que l'UE devienne une véritable démocratie. C'est donc un schéma institutionnel très éloigné de celui des États-Unis. Il faut ajouter que l'un des éléments fondamentaux d'un État fédéral c'est une chambre des Etats comme le Sénat américain. Certains estiment que le Conseil de l'UE pourrait s'apparenter à une chambre des Etats car il est le représentant des gouvernements des Etats démocratiquement désignés. Certes. Mais il faut corriger en précisant qu'il ne s'agit que d'une démocratie très indirecte et très éloignée d'une démocratie fédérale.

Il faut aussi souligner le rôle très important aujourd'hui des lobbys auprès des institutions européennes. Il y a beaucoup plus de lobbyistes à Bruxelles que de fonctionnaires européens. Ce modèle importé des Etats unis d'Amérique montre aussi les limites de la démocratie en général avec les interventions directes des grands groupes industriels et des multinationales (qui sont souvent mais pas toujours les mêmes) sur les décisions prises par les institutions européennes. Beaucoup de groupes de pression ou d'influences sont aussi enregistrés auprès de la Commission européenne et sont ainsi accrédités pour intervenir directement dans le processus législatif au cours de consultations dites publiques. Les propositions de textes leur sont soumises au titre de la démocratie participative mais cela s'apparente plus à de l'oligarchie. En effet, les « consultations publiques » sont le plus souvent restreintes en fonction de la nature du texte et de son contenu. Le public consulté est donc ciblé en fonction du thème abordé et les consultations sont en anglais. Certaines consultations

organisées par la Commission européenne sont il est vrai, ouvertes à l'ensemble des personnes accréditées auprès de la Commission européenne. Certaines encore plus rares sont ouvertes à tous les citoyens européens mais il y a peu de publicité autour de celles-ci. Le paradoxe c'est que l'UE impose presque tous les textes de loi en matière économique et commerciale aux Etats membres avec bien souvent l'intervention directe ou indirecte des intérêts privés au détriment souvent de l'intérêt général, grâce au rôle assigné à ses institutions mais ne possède aucune véritable souveraineté ? C'est une façon pour les Etats de se « déresponsabiliser » car ils participent au processus décisionnel européen mais leur pouvoir souverain est noyé dans la « masse décisionnelle européenne ». Enfin, l'UE ne dispose pas d'une vraie Cour suprême puisque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas de pouvoirs sur les juridictions des Etats membres et n'a que des compétences limitées aux compétences prévues par les traités. Et même s'agissant des compétences qui lui sont dévolues, les Etats membres et les juridictions suprêmes des Etats font parfois comme si la Cour de Justice de l'UE n'existait pas. Un exemple récent montre que la France, si officiellement, elle est pro-européenne, fait peu de cas en réalité de l'UE et de la CJUE lorsque cela l'arrange. En effet, le Conseil d'Etat a refusé de renvoyer une question préjudicielle devant la CJUE à propos de l'application de la clause de sauvegarde du code Schengen des frontières permettant de rétablir ou de maintenir le contrôle aux frontières en cas de menace pour un Etat notamment liée au terrorisme. Il a décidé d'interpréter le texte européen d'une part et a décidé aussi d'appliquer une modification du code Schengen qui n'avait pourtant pas encore été officiellement adoptée. Cet arrêt du 28 décembre 2017 jette une nouvelle ombre sur le « néo-fédéralisme européen » et confirme qu'il restera toujours comme étant difficile à atteindre. Enfin en matière de droits de l'homme, une note positive pour l'UE avec cette obligation pour tous les Etats membres de rejeter la peine de mort en matière pénale ce qui est d'ailleurs une obligation à respecter pour pouvoir entrer dans l'UE alors qu'aux Etats-Unis la peine de mort est appliquée dans certains Etats et non dans d'autres. En revanche, si l'UE possède une charte des droits fondamentaux très complète, elle n'oblige pas tous les Etats membres<sup>10</sup> puisque le Royaume-Uni, la Pologne et la Tchéquie ont refusé de lui donner une valeur juridique supérieure à leurs dispositions nationales. Aux Etats-Unis, les droits et les libertés des citoyens figurent dans la constitution et doivent être respectés par tous les Etats fédérés.

Sur le plan du droit communautaire matériel et du contenu des politiques communes, il y a en revanche eu d'indéniables influences du droit américain.

---

<sup>10</sup> Cependant tous les Etats membres participent à la C.E.D.H. élaborée par le Conseil de l'Europe.

## II. L'INFLUENCE DU DROIT AMÉRICAIN SUR LE DROIT MATÉRIEL DE L'UE ET SUR LES POLITIQUES EUROPÉENNES : UN MODÈLE DÉTERMINANT.

Cette influence concerne tout d'abord le droit matériel de l'UE (A) puis nous verrons à travers quelques exemples qu'elle touche aussi des politiques européennes (B).

### A. L'INFLUENCE AMERICAINE SUR LE DROIT MATERIEL DE L'UNION EUROPEENNE

La liberté de circulation des marchandises au sein de la Communauté européenne a été dès le début directement concernée par la politique commerciale américaine à l'époque toute puissante. Nous sortons de la guerre et l'Europe de l'ouest est quasiment en ruines. Elle a besoin des États-Unis pour se reconstruire. Le plan Marshall<sup>11</sup> est adopté en 1947 car il faut aussi que l'économie américaine continue à tourner à plein régime. Les États-Unis vont donc, pour faciliter les échanges commerciaux, donner des millions de dollars aux européens en faisant tourner la planche à billets pour que l'Europe en se reconstruisant, achète des produits aux américains. Dès 1944, les États-Unis désormais première puissance mondiale de l'Ouest avec la fin de la suprématie des grands États européens détruits par la guerre ont imposé à leurs partenaires économiques le dollar comme référence monétaire mondiale ainsi que leur modèle économique et financier avec les accords de *Bretton woods*. Avec le plan Marshall, les États-Unis veulent par le biais de la « politique de la carotte » encore plus imposer l'économie de marché à l'Europe de l'Ouest afin de l'ancrer dans le « bon camp » et éviter l'attraction éventuelle soviétique. Parallèlement, le principe du désarmement douanier progressif qui devait donc jouer à l'époque en faveur des États-Unis d'Amérique est mis en œuvre<sup>12</sup>. Ils ont pour cela imposé les accords du G.A.T.T. (General agreement on tariffs and trade) en 1947 à tous leurs partenaires commerciaux parmi lesquels les six États fondateurs des Communautés européennes. Le système des cycles de négociation destiné à réduire progressivement les droits de douane et les taxes d'effet équivalent à des

---

<sup>11</sup> The European Recovery Program ou plan Marshall a concerné 16 pays européens et 16,5 milliards de dollars ont été prêtés à ces États à la condition d'acheter pour autant de produits américains (173 milliards de dollars actuels).

<sup>12</sup> Depuis la mondialisation des échanges ne profite plus comme on le sait aux U.S.A. mais aux pays à très faibles coûts de production qui exploitent les travailleurs. Ces pays ont su profiter de la baisse des tarifs douaniers et des taxes d'effet équivalent.

droits de douane a démarré en 1948. Le G.A.T.T. a imposé aussi aux parties signataires si elles décidaient de créer une organisation régionale entre certaines d'entre elles, la réduction obligatoire de leurs droits de douane. L'union douanière instituée par la C.E.E. a donc été dans l'obligation d'opérer une baisse générale des droits de douane prévus par le nouveau tarif douanier européen extérieur commun qui a bénéficié aux produits américains principaux producteurs à l'époque car non touché par la guerre sur son territoire mis à part le triste épisode de Pearl Harbour à Hawaï et de quelques îles dans l'Océan Pacifique. S'agissant de la liberté de circulation des marchandises au sein de l'UE, elle a connu beaucoup de déboires jusqu'à l'avènement du marché unique avec l'acte unique de 1986 et son objectif d'ouverture des frontières pour les marchandises le premier janvier 1993. Aujourd'hui encore, il arrive qu'il y ait des difficultés entre Etats membres ou entre un opérateur économique et l'administration de tel ou tel État mais cela devient rare. Aux États-Unis il n'y a pas de difficultés de cet ordre. La liberté de circulation des marchandises y est sans problème sauf exception et notamment à propos des stupéfiants qui sont dans certains Etats américains en vente libre et dans d'autres Etats interdits. Concernant, la liberté de circulation des travailleurs, des personnes en général ainsi que des services, le droit communautaire est loin du droit américain même s'il s'en inspire. Aux Etats unis, il existe une véritable liberté de circulation des personnes alors qu'en UE la liberté de circulation n'existe pas réellement car il faut respecter certaines conditions pour pouvoir circuler et séjourner dans un autre État membre. En particulier, si la personne ne travaille pas dans le pays d'accueil, il faut qu'elle possède suffisamment d'argent pour ne pas dépendre de l'assistance du pays d'accueil et qu'elle possède une assurance maladie. En 1975, la Commission européenne avait souhaité que les ressortissants des Etats membres puissent circuler librement et sans condition dès l'âge de 18 ans. Cette proposition a été rejetée par les Etats membres. La citoyenneté européenne qui a été instituée par le traité de Maastricht de 1992, est en fait très éloignée de la citoyenneté américaine qui est une vraie citoyenneté pleine et entière. La citoyenneté européenne n'est que partielle, très limitée et ne fait que compléter la citoyenneté nationale toujours primordiale au sein des Etats membres de l'UE.

## **B. L'INFLUENCE AMERICAINE SUR LES POLITIQUES DE L'UE**

Tout d'abord, la politique commune en matière budgétaire est limitée par rapport à celle des États-Unis car le budget européen ne représente que 1% du P.I.B. de l'UE alors que le budget des États-Unis pèse très lourd avec 20% du P.I.B. Avec un budget qui n'est même pas équivalent à celui de la Pologne, l'UE est un colosse aux pieds d'argile. En effet, avec si peu de fonds comment mettre

en œuvre des politiques européennes importantes. Certes de gros budgets comme ceux de la défense ou de la diplomatie restent pour l'essentiel de la compétence des Etats membres mais cela n'explique pas tout. Les Etats membres financent pour l'essentiel le budget de l'UE par le biais de la ressource R.N.B. Elle a remplacé en 1988 la recette T.V.A. qui alimentait principalement le budget et qui maintenant ne représente qu'une faible part de celui-ci. Il s'agit donc d'un très faible budget « complémentaire » qui d'ailleurs n'est alimenté réellement que par peu d'Etats membres que l'on appelle : les Etats contributeurs nets. Les plus importants « donateurs » sont : l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Espagne et le R.U.<sup>13</sup>. Quinze Etats sont des bénéficiaires nets c'est-à-dire qu'ils retirent du budget européen plus qu'ils n'en donnent<sup>14</sup>. Cette politique est à revoir complètement<sup>15</sup>. L'UE ferait bien de s'inspirer de l'exemple américain dans ce domaine. La figure de proue des politiques européennes a été longtemps la politique agricole commune mise en place à partir de 1962<sup>16</sup>. Elle a été longtemps très protectrice des agriculteurs européens mais elle a dû subir à cause en partie du G.A.T.T. et donc des États-Unis des réformes. Plus particulièrement dans le cadre de l'« Uruguay round » en 1986 des coups de plus en plus durs proviennent des États-Unis et de ses alliés contre la P.A.C. En effet, suite en partie au cycle de négociation « Uruguay », la réforme de la P.A.C. de 1992 est intervenue pour réduire les aides à la production. Ces aides avaient déjà été frappées par la réforme interne des stabilisateurs agricoles réduisant la surproduction (quotas) à partir de 1984 (quotas laitiers) généralisés en 1988, au détriment des agriculteurs européens mais ce n'était que le début. Les États-Unis suivis par les Etats du groupe dit de Cairns<sup>17</sup> se sont attaqués à toutes les subventions directes agricoles de la C.E.E. notamment les subventions à l'exportation pour parvenir à les démanteler quasi complètement grâce à l'organisation mondiale du commerce instituée par les accords de Marrakech en 1994 voulus notamment par les États-Unis. On peut dire que l'américanisation du droit communautaire s'est produite par l'intermédiaire du G.A.T.T. puis de l'O.M.C. puisque progressivement la P.A.C. a été réduite à la portion congrue sous la pression en particulier des États-Unis. Aujourd'hui l'agriculture européenne est dans le marasme et beaucoup d'agriculteurs n'arrivent plus à vivre correctement de leurs exploitations. En France, l'an dernier 600 agriculteurs se sont suicidés à cause de cela car pris à la gorge par les banques

---

<sup>13</sup> Le R.U. ne finance pas le budget européen en fonction de son R.N.B. car il bénéficie depuis 1984 d'un chèque de compensation entre ce qu'il donne et ce qu'il reçoit. Toutefois il est devenu contributeur net en 2005 en acceptant de participer au financement de l'élargissement à 25 Etats membres.

<sup>14</sup> La Belgique et le Luxembourg en font partie car ils reçoivent des compensations financières pour avoir accepté des institutions européennes sur leurs territoires.

<sup>15</sup> En 2011, la Commission européenne avait proposé une refonte globale du budget qui a été écartée.

<sup>16</sup> Elle a longtemps représenté les trois quarts des dépenses européennes.

<sup>17</sup> Le groupe de Cairns créé en 1986 est composé de 19 pays tous exportateurs de produits agricoles.

qu'ils ne pouvaient plus rembourser et par la baisse des prix et des subventions. Avec, la baisse des droits de douane du tarif douanier extérieur commun et la baisse des subventions, les agriculteurs européens de l'ouest subissent aussi depuis l'entrée des pays d'Europe centrale et orientale une sévère concurrence des agriculteurs des Etats de l'est européen moins imposés qu'eux. Il faut ajouter qu'ils ont aussi perdu en aides agricoles avec l'arrivée massive de tous ces nouveaux Etats membres tous bénéficiaires nets du budget européen. Autrement dit, la part du gâteau européen a été réduite aussi pour les agriculteurs de l'Ouest car il fallait des subventions pour les nouveaux venus tous « pauvres » ou en tout cas considéré comme moins riches que les agriculteurs de l'Ouest. Aujourd'hui, après bientôt quinze ans de vie commune, on peut dire que les agriculteurs de l'Europe de l'est sont plus riches en moyenne que leurs homologues de l'Ouest car ils gagnent plus sur les deux tableaux à la fois pour les subventions européennes et concernant toutes les charges sociales et fiscales moins élevées. Même, si le niveau général de vie des habitants ainsi que le P.I.B. sont plus bas dans l'est de l'Europe, tout y est plus bas, alors qu'en Europe de l'ouest les prix sont beaucoup plus élevés ainsi que les impôts et les charges sociales, les agriculteurs de l'ouest ne sont plus en mesure de concurrencer les produits de l'est européen et même les produits venant de pays tiers. La politique de concurrence européenne est issue quant-à-elle du droit américain et de sa célèbre politique anti-trust notamment. D'une part l'interdiction de certaines ententes et l'interdiction d'abuser d'une position dominante ou encore le contrôle des grandes opérations de concentration des entreprises a été inspirée directement du droit américain et figurait dans le traité de Rome dès 1957<sup>18</sup>. C'est le rôle de la Commission européenne dans ce domaine qui a été précisé par la suite dans. Ici on peut faire remarquer que jusqu'à l'arrêt Beguelin de 1971, cette politique ne s'adressait qu'aux entreprises implantées dans les Etats membres. Avec cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé que la Commission européenne pouvait sanctionner des entreprises extérieures au marché commun mais qui portaient préjudice aux règles européennes de la concurrence à l'intérieur des Communautés. D'autre part, le contrôle des aides publiques aux entreprises, la libéralisation des services publics limitée au départ à l'aménagement des monopoles nationaux à caractère commercial et l'ouverture des marchés publics nationaux à la concurrence ont aussi été influencés par le droit américain. En particulier, la libéralisation des services publics en Europe à partir des années 1980 découle tout spécialement des nouvelles politiques américaines et britanniques néolibérales initiées par le président Ronald Reagan

---

<sup>18</sup> C'est le règlement de 1989 sur le contrôle des grandes opérations de concentrations des entreprises qui le premier a mis en place ce contrôle et qui a précisé le rôle de la Commission européenne dans ce domaine car le traité n'a fait ici qu'évoquer la possibilité de la mise en œuvre de ce contrôle. Ce règlement a subi des modifications depuis lors.

et par le premier ministre britannique Margaret Thatcher ainsi que du G.A.T.T. et de l'O.M.C. voulus par les États-Unis. Ici, l'influence américaine a été déterminante avec la célèbre école de Chicago : les « Chicago's boys » qui à la suite de Milton Friedman<sup>19</sup> ont milité pour la fin de l'interventionnisme étatique dans l'économie et notamment sur les marchés boursiers. Après la crise de 1929, le gouvernement américain avait décidé de mettre en œuvre une surveillance et un contrôle des marchés financiers. Le prix Nobel d'économie en 1975 avec sa théorie monétariste et sa théorie de l'autorégulation des marchés financiers a voulu mettre fin à la politique économique chère à John Maynard Keynes<sup>20</sup>. Avec le Président Ronald Reagan, toutes les réglementations ont été progressivement supprimées et les Etats européens ont suivi en libéralisant dans tous les domaines. Avec la crise de 2007, due en grande partie à l'absence de contrôle des marchés boursiers, la déréglementation a subi un échec retentissant. Cependant, tous les Etats membres de l'UE ont privatisé la plupart de leurs services publics et ont procédé à l'externalisation de beaucoup de tâches des services publics restants y compris dans les compétences régaliennes. Les Etats membres de l'UE ont perdu de la consistance et se sont donc progressivement délités. Alors qu'aux Etats unis d'Amérique, l'État fédéral reste très puissant, l'Union européenne n'a pas tiré « profit » de la déréglementation des Etats membres en érigeant des services publics européens pour contrebalancer la perte de souveraineté des Etats.

Par ailleurs, en matière monétaire l'UE s'inspire du modèle américain<sup>21</sup>. En effet en UE, nous avons l'euro et la banque centrale européenne comme les américains ont la banque fédérale et le dollar. En revanche sur les 28 Etats membres seulement dix-neuf Etats pratiquent la monnaie dite unique : l'euro. En effet, ce n'est pas une monnaie unique puisque neuf autres monnaies circulent sur le « territoire unique du marché unique ». Et la politique économique et monétaire américaine n'est pas soumise au respect d'un pacte de stabilité et de croissance limitant à 3% les déficits publics depuis 1997 et à la règle d'or imposée à 25 Etats membres depuis le traité sur la stabilité, la croissance et la gouvernance de 2012 qui veut que les dépenses publiques ne dépassent pas les recettes. Autrement dit, ce texte déclare la fin des déficits budgétaires. Tout cela, occasionne des distorsions de concurrence en Europe, de même pour la politique fiscale européenne limitée pour le moment à l'harmonisation partielle des taux de T.V.A. ainsi que pour la politique sociale et salariale très peu harmonisée qui

---

<sup>19</sup> Voir notamment les ouvrages suivants de Milton Friedman : « A theory of consumption function » publié en 1957 ; « Capitalism and freedom » en 1962 ; « A monetary history of the united states » publié en 1963 et « Free to choose » publié en 1980.

<sup>20</sup> Voir notamment les ouvrages suivants de John Maynard Keynes : « A tract on monetary reform » publié en 1923 ; « A treatise on money » publié en 1930 ; et surtout « The general theory of employment, interest and money » publié en 1936.

<sup>21</sup> Voir à ce propos notamment : « La banque centrale européenne et l'eurosystème » ; Sébastien Adalid ; Bruylant ; 2015.

bénéficient aux Etats de l'Europe de l'est. Ils pratiquent ainsi des politiques très favorables aux entreprises dites de dumping social. Cependant, la directive de 1996 sur le détachement des travailleurs salariés qui leur était très favorable vient d'être modifiée et doit être adoptée officiellement prochainement. Elle met fin en grande partie aux travailleurs dits « low cost » provenant des pays de l'est pour travailler en détachement en Europe de l'Ouest. Le principe de non-discrimination dans le pays d'accueil sera dorénavant scrupuleusement appliqué mais les charges sociales seront toujours celles du pays d'origine ce qui constitue encore une distorsion de concurrence. On pourrait également évoquer l'influence américaine en matière de politique commerciale commune, de politique de cohésion économique, sociale et territoriale ou encore en matière de politique spatiale ou énergétique ....

\*\*

\*

Finalement l'américanisation du droit de l'Union européenne a touché surtout le droit matériel de l'Union européenne et les politiques de l'UE en attendant qu'elle touche, un jour peut-être, le droit institutionnel de l'UE : « *E pluribus unum* ».

# **LA PORTÉE CONSTITUTIONNELLE DES CONCEPTS DU MARCHÉ INTÉRIEUR : QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA FONCTION FÉDÉRATIVE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

Par  
Laurence POTVIN-SOLIS  
Docteure en droit public HDR  
de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas  
Membre du CRDFED  
Professeure à l'Université Caen-Normandie  
Chaire Jean MONNET

Traiter de la portée constitutionnelle des concepts du marché intérieur et de la fonction fédérative de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de ce colloque sur « le néolibéralisme et l'américanisation du droit » conduit à mettre en avant en premier lieu la singularité de l'ordre juridique de l'Union européenne au sein duquel le marché intérieur européen évolue. Il s'agit d'un ordre juridique composite, marqué par sa dualité nationale et européenne et unique en son genre. Issu des premiers traités communautaires centrés sur l'intégration économique, son champ s'est considérablement élargi pour couvrir aujourd'hui, au-delà du marché intérieur et des politiques qui l'ont accompagné, l'union économique et monétaire (UEM), l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) ou encore la politique étrangère et de sécurité commune et l'avènement progressif d'une défense commune (PESC-PSDC).

Aborder, dans la perspective de ce sujet, les concepts du marché intérieur invite à revenir aux premiers traités communautaires et à l'intégration économique promue aux origines de la construction européenne. En effet, le lien entre la mise en place d'un marché commun sectoriel par le traité CECA et

l'objectif d'une fédération européenne est explicitement affirmé dans la déclaration du 9 mai 1950. Robert Schuman y souligne que « la mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne » puis que « par la mise en commun de production de base et l'institution d'une haute autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix ». La relation est ainsi établie entre l'objectif d'une fédération européenne, la supranationalité et l'intégration économique par le marché et cette relation est tournée vers la paix.

L'idée fédérale revêt ainsi dès l'origine un sens singulier dans le contexte de la construction européenne. Dans son discours prononcé à l'Université de Zurich le 19 septembre 1946 Winston Churchill appelait « à reconstituer la famille européenne, ou tout au moins la plus grande partie possible de la famille européenne, puis [à] dresser un cadre de telle manière qu'elle puisse se développer dans la paix, la sécurité et la liberté ». Il proposait d' « ériger quelque chose comme les États-Unis d'Europe » et interrogeait ainsi : « Et pourquoi n'y aurait-il pas un groupement européen qui donnerait à des peuples éloignés l'un de l'autre le sentiment d'un patriotisme plus large et d'une sorte de nationalité commune ? ». Ce discours invitait à un élan protecteur en faveur de « la nouvelle Europe » qui puisse l'aider à « défendre son droit à la vie et à la prospérité ».

On peut aussi déceler un lien entre objectif de paix, progrès de l'idée fédérale et marché économique dans le discours de Victor Hugo prononcé le 21 août 1849 lors de l'ouverture du Congrès de la paix où il formulait son vœu pour « les États-Unis d'Europe » : « (...) Un jour viendra où il n'y aura plus d'autres champs de bataille que les marchés s'ouvrant au commerce et les esprits s'ouvrant aux idées. Un jour viendra où les boulets et les bombes seront remplacés par les votes, par le suffrage universel des peuples, par le vénérable arbitrage d'un grand sénat souverain qui sera à l'Europe ce que le parlement est à l'Angleterre, ce que la diète est à l'Allemagne, ce que l'Assemblée législative est à la France ! (...) Un jour viendra où l'on verra ces deux groupes immenses, les États-Unis d'Amérique, les États-Unis d'Europe, placés en face l'un de l'autre, se tendant la main par-dessus les mers, échangeant leurs produits, leur commerce, leur industrie, leurs arts, leurs génies (...) ».

Le projet européen s'est développé à partir d'une intégration par le marché ayant vocation à constituer un marché sans frontières intérieures qui se démarque, comme marché intégré, de l'organisation des échanges aux États-Unis entre les États fédérés. Ce processus d'intégration a pris progressivement une dimension plus large illustrant la forte imbrication entre ses volets économique, social et culturel, juridique et politique. La nature constitutionnelle

qu'il a peu à peu acquise est bien mise en évidence par la Cour de justice dans son avis 2/13 qui se réfère au cadre et à la structure constitutionnels de l'Union<sup>1</sup>. Cet avis rappelle que les traités forment « la charte constitutionnelle de base de l'Union »<sup>2</sup> en renvoyant à l'arrêt *Les Verts/Parlement* qui qualifie les Communautés européennes de « *Communauté de droit* »<sup>3</sup>, formule qui sera reprise ensuite pour l'Union. L'analogie avec un ordre juridique interne invite à rapporter le marché intérieur aux valeurs énoncées à l'article 2 TUE et aux objectifs définis à l'article 3 TUE. Ces valeurs sont placées aux fondements de l'Union et leur promotion est posée comme premier des objectifs de l'Union. Par leur énonciation comme « *valeurs communes* », elles traduisent un consensus entre les États membres de l'Union et expriment un fonds commun de valeurs européennes partagées avec le Conseil de l'Europe. La Cour de justice se réfère aussi aux « principes constitutionnels » qui « découlent des traités » et qui s'imposent aux politiques et actions de l'Union, tant internes qu'externes<sup>4</sup>. Elle veille enfin au respect des droits fondamentaux et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (CDFUE) dont le traité de Lisbonne a reconnu la valeur juridique identique à celle des traités<sup>5</sup> et qui s'impose dans le champ du droit de l'Union et de sa mise en œuvre<sup>6</sup>. Le consensus européen dans l'énonciation des droits fondamentaux apparaît à certains égards plus abouti qu'aux États-Unis comme le montrent par exemple les variations entre les États fédérés américains sur la peine de mort. Il permet des avancées de l'identité de l'Union comme en témoigne par exemple la protection des données personnelles qui s'impose au marché intérieur comme aux autres politiques et actions de l'Union et permet d'affirmer son identité sur la scène internationale<sup>7</sup> et vis-à-vis des États-Unis d'Amérique.

En même temps l'Union européenne, comme le rappelle l'avis 2/13, « du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État »<sup>8</sup>. Elle ne peut être assimilée à un État même si elle agit sur les composantes traditionnelles de l'État (territoire, population, gouvernement) et n'a pas vocation à constituer un État fédéral au sens des droits constitutionnels nationaux. L'Europe politique reste en grande partie à construire et la menace de divisions voire de désunions et de déstructurations est permanente et plus que jamais prégnante. Dans ce contexte, la Cour de justice peut-elle être amenée à œuvrer à la manière d'un juge fédéral alors que la notion

---

<sup>1</sup> Avis 2/13, pts 158, 165 et 177.

<sup>2</sup> Avis 2/13, pt 163.

<sup>3</sup> 294/83, EU:C:1986:166, pt 23.

<sup>4</sup> Voy. not. le pt. 67 de l'avis 1/15 : CJUE, gde ch., 26 juil. 2017, *Accord PNR UE-Canada*, EU:C:2017:592.

<sup>5</sup> Art. 6 TUE.

<sup>6</sup> CJUE, gde ch. 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

<sup>7</sup> Voy. not. l'avis 1/15 préc.

<sup>8</sup> Avis préc., pt. 156.

même de « *fédération européenne* » divise et reste en grande partie à définir et que la quête d'une homogénéité constitutionnelle est loin d'être acquise et fait l'objet de tensions constantes et sans cesse renouvelées ? À l'heure du Brexit et du rejet par le Parlement britannique de l'accord négocié pour son retrait de l'Union, l'arrêt préjudiciel rendu le 10 décembre 2018 sur le droit de révocation unilatérale par un État de son intention de se retirer de l'Union sur la base de l'article 50 TUE<sup>9</sup> montre combien la Cour est directement impliquée dans des questions qui touchent à l'appartenance à l'Union et au statut d'État membre<sup>10</sup>.

C'est ainsi à partir de la relation constitutionnelle entre l'Union, ses États et leurs ressortissants que l'on peut envisager la fonction fédérative de la jurisprudence de la Cour de justice quand elle fixe la portée des concepts du marché intérieur. Cette jurisprudence participe ce faisant aux progrès du sens même de l'intégration, dans ses dimensions non seulement économique et juridique mais aussi politique, sociale et culturelle, et à la mise en cohérence de leurs volets interne et externe. Elle intéresse la définition des équilibres constitutionnels dans l'Union ainsi que les droits et obligations réciproques entre l'Union et ses États membres qui lient ensemble la nature singulière de l'Union, le statut d'État membre et la condition juridique des particuliers. En cela, elle contribue à révéler l'imbrication et l'interdépendance entre les processus d'intégration, de constitutionnalisation et de fédéralisation de l'Union et participe à leurs développements respectifs et à leur conjonction, à la manière de celle d'un juge interne, d'un juge fédéral. C'est en ce sens et dans cette perspective que seront traitées dans un premier temps la liaison des concepts du marché intérieur au cadre constitutionnel de l'Union par la jurisprudence de la Cour de justice (I) puis, dans un second temps, la contribution de cette jurisprudence aux progrès constitutionnels d'un ordre économique et social partagé entre les États membres, propre à l'Union et qui puisse exprimer peu à peu l'identité de l'Union sur la scène internationale, la démarquant ainsi du modèle américain (II).

## I. LA LIAISON DES CONCEPTS DU MARCHÉ INTERIEUR AU CADRE CONSTITUTIONNEL DE L'UNION PAR LA JURISPRUDENCE

L'avis 2/13 rappelle que l'Union européenne est « dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles

---

<sup>9</sup> CJUE, ass. plén., *Wightman e.a.*, C-621/18, EU:C:2018:999.

<sup>10</sup> Voy. not., L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le statut d'État membre de l'Union européenne, Quatorzièmes Journées Jean Monnet*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruylant, déc. 2017, 661 p.

juridiques qui en assurent le fonctionnement »<sup>11</sup>. Les premiers arrêts rendus sur la nature et les caractères fondamentaux du droit communautaire ont permis à la Cour de préciser la portée des concepts du marché intérieur en les rapportant aux caractères fondamentaux du système juridique communautaire qu'elle a contribué à révéler. Au-delà de tels arrêts fondateurs, rendus à la manière d'un juge constitutionnel et qui rythment sa jurisprudence, la Cour de justice participe à la définition et à l'affinement des équilibres subtils qu'appellent ces concepts et leur application juridictionnelle ainsi que le règlement des questions de compétences qu'ils soulèvent entre la Communauté puis l'Union européenne et les États membres. Ce faisant, la Cour est amenée à jouer un rôle constitutionnel qui influe sur les équilibres constitutionnels et politiques sur le marché intérieur. Sa jurisprudence fait ressortir l'ancrage des concepts du marché intérieur dans la nature singulière de l'ordre juridique de l'Union (A) et leur portée fédérative par leur contextualisation dans le système juridique de l'Union (B).

#### A. L'ANCRAGE DES CONCEPTS DU MARCHÉ INTERIEUR DANS LA NATURE SINGULIERE DE L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION

Les concepts du marché intérieur doivent être rapportés à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union qui gouverne la relation entre l'Union, ses États membres et leurs ressortissants, sujets directs du droit de l'Union et bénéficiaires immédiats des droits qu'ils tiennent de leur qualité de ressortissants européens. La singularité du rapport direct de la Communauté, devenue Union européenne, à la condition juridique des ressortissants des États membres s'est trouvée très tôt affirmée et systématisée par la jurisprudence de la Cour de justice. Nul n'est besoin de revenir sur la richesse de l'arrêt de 1963 *Van gend en Loos* qui marque le lien entre la nature de la condition juridique des particuliers sur le marché intérieur et la conception même de ce marché et de sa place dans le système juridique de l'Union. Les termes bien connus dans lesquels cette problématique est posée dans les raisonnements de la Cour expriment la visée fédérale du processus d'intégration européenne : « La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants »<sup>12</sup>. Ces termes sont rapportés au concept d'intégration<sup>13</sup> dans l'arrêt *Costa c/ ENEL* qui

---

<sup>11</sup> Avis 2/13 préc., pt. 158.

<sup>12</sup> CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

<sup>13</sup> Voy. not.: P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Coll. Droit de l'Union européenne, série Grands écrits, Bruylant, 2005, p. 5.

reprend en la précisant l'affirmation de principe selon laquelle « en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »<sup>14</sup>. Ainsi, la Cour de justice a imposé une lecture des concepts du marché intérieur conforme aux principes fondamentaux du droit de l'Union européenne. C'est au service de l'efficacité des règles du marché intérieur que les obligations pesant sur toutes les autorités nationales, y compris juridictionnelles, ont été définies par la Cour. La jurisprudence a permis de dessiner progressivement les traits de la fonction exécutive nationale et de la fonction européenne des juridictions nationales, auxquelles reviennent la compétence de principe et la responsabilité première pour la mise en œuvre et le contrôle du respect du droit de l'Union dans les États<sup>15</sup>.

Le cadre conceptuel du marché intérieur intègre donc les principes fondamentaux du droit de l'Union dans leur volet matériel et procédural et dont la jurisprudence précise la substance, la dualité (européenne/nationale) et les effets dans les États membres. Cette jurisprudence lie directement toutes les autorités dans l'État et fait naître des obligations à l'égard des juridictions nationales mises en avant par l'arrêt *Simmenthal*<sup>16</sup> régulièrement rappelé par la Cour et récemment par un arrêt de grande chambre du 4 décembre 2018 qui réaffirme qu'est « incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes directement applicables du droit de l'Union » et que « ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit de l'Union incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, en ce compris les autorités administratives, chargés d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences respectives, le droit de l'Union »<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c./ E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66.

<sup>15</sup> Voy. not. l'art. 19 § 1 al. 2 TUE.

<sup>16</sup> CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49, pt. 22.

<sup>17</sup> *The Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, C-378/17, EU:C:2018:979, pts 36 et 38.

Les concepts du marché intérieur sont ainsi rapportés aux grands principes qui régissent les obligations réciproques entre l'Union et ses États, qui trouvent pour certains leur origine dans la jurisprudence : coopération loyale, autonomie institutionnelle et procédurale et respect par l'Union de l'identité nationale des États membres<sup>18</sup>, reconnaissance mutuelle<sup>19</sup> et confiance mutuelle marquant singularité de l'appartenance à l'Union<sup>20</sup>. Autant de principes dont la dualité européenne/nationale et le sens fédérateur ressortent de la jurisprudence de l'Union et du dialogue des juges, permettent d'étendre toujours davantage les obligations qui pèsent sur les États et révèlent la réciprocité qui les rapproche du devoir de loyauté fédérale. La lecture des concepts du marché intérieur à l'aune de ces principes fondamentaux et de leur interprétation téléologique et systémique fait progresser la fonction intégrative et fédérative de ces concepts en les contextualisant dans le système juridique de l'Union.

## B. LA CONTEXTUALISATION DES CONCEPTS DU MARCHÉ INTERIEUR DANS LE SYSTEME JURIDIQUE DE L'UNION

Cette contextualisation par la jurisprudence marque l'imbrication entre les ordres juridiques<sup>21</sup> et entre le marché intérieur, le statut d'État membre et la condition juridique des ressortissants européens. Elle se réalise en premier lieu par le lien de rattachement du marché intérieur au champ matériel et territorial du droit de l'Union. D'un point de vue matériel, la Cour a dégagé le sens autonome des concepts économiques qui gouvernent le champ des règles du libre-échange et de la libre concurrence. Dès lors qu'il s'agit de notions inscrites (même si non définies) dans les traités et que leur interprétation vise à poursuivre les objectifs de l'Union, leur portée jurisprudentielle est d'ordre constitutionnel à l'égard du droit et des institutions de l'Union et des États. Il en est ainsi des notions d'« échanges entre les États membres », d'« entrave » ou d'« affectation du commerce entre les États membres » qui permettent de définir le champ matériel de ces règles. Ces notions sont conçues largement et volontairement détachées de leurs acceptions nationales variables. Il en est de même d'autres notions aussi essentielles que celles de « marchandise », « taxe », « imposition intérieure », « travailleur », « service », « société », « établissement », « capitaux » pour les libertés de circulation et celles d'« entreprise », d'« activité économique », de « marché », de « service d'intérêt économique général », d'« entente », d'« abus de position

---

<sup>18</sup> Voy. l'art. 4 TUE.

<sup>19</sup> CJCE, 20 fev. 1979, *Rewe* (« *Cassis de Dijon* »), C-120/78, EU:C:1979:42.

<sup>20</sup> Voy. not. avis 2/13 préc. pts 168, 191, 194 et 258.

<sup>21</sup> Voy. not. G. GODIVEAU (dir.), *Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence*, *Revue Concurrences* 1-2015.

*dominante* » ou encore d' « *aide d'État* » pour les règles de concurrence. On pourrait encore citer les grandes notions à partir desquelles sont déterminées les exceptions aux règles du marché intérieur, telles que celles d' « *administration publique* » ou d' « *autorité publique* » ainsi que les motifs légitimes de dérogation à ces règles, tels que l' « *ordre public* », la « *sécurité publique* » ou la « *santé publique* », inscrites dans le droit primaire de l'Union ou les « *raisons impérieuses d'intérêt général* » dégagées par la Cour. Or, ces notions peuvent renvoyer à des intérêts par nature nationaux et à des échelles de valeurs variables entre les États. Elles peuvent amener la Cour à prendre en compte les variations constitutionnelles nationales<sup>22</sup> et le respect de l'identité nationale y compris l'autonomie locale et régionale, comme l'illustre l'appréhension jurisprudentielle de la diversité étatique, régionale et locale, tout particulièrement en matière linguistique<sup>23</sup>. En interprétant et en encadrant ces notions, la Cour participe à la définition d'échelles de valeurs propres à l'Union tout en marquant son souci de respecter l'identité constitutionnelle des États<sup>24</sup>.

Par la définition autonome et fonctionnelle des concepts du marché intérieur, indépendante des qualifications nationales, la jurisprudence assure une fonction intégrative et fédérative qui agit sur l'articulation entre les compétences et les droits de l'Union et des États. La portée jurisprudentielle de ces concepts économiques peut intéresser la gestion d'intérêts non économiques dans les États, produire un effet structurant sur le marché intérieur et déstructurant dans les droits nationaux, comme l'illustre l'éclatement de la frontière entre l'économique et le social dans les États sous l'impact de la définition extensive de la notion d' « *activité économique* ». Elle s'observe aussi dans la fixation de la portée territoriale des règles du marché intérieur et intéresse directement les notions d' « *État* », de « *frontière* » et de « *territoire* », prises dans leur sens fonctionnel et pouvant couvrir des intérêts ou des collectivités infra-étatiques<sup>25</sup>.

Ainsi d'un point de vue matériel et territorial, les concepts mis en œuvre par la Cour contribuent à asseoir l'ordre économique et concurrentiel européen comme espace sans frontière et intégré, liant toutes les autorités européennes et nationales. Ils sont les fruits d'une lecture dynamique et évolutive attachée aux objectifs de l'Union et au territoire fonctionnel de l'Union. Ils concernent les rapports des États à leurs territoires, la différenciation entre les régions

---

<sup>22</sup> Voy. not. : CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, C-36/02, EU:C:2004:614, pts 31 et 37.

<sup>23</sup> Voy. not. CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, C 391/09, EU:C:2011:291, pt. 86 et CJUE, gde ch. 16 avril 2013, *Las*, C-202/11, EU:C:2013:239, pt. 26.

<sup>24</sup> Voy. not., L. POTVIN-SOLIS, *Les valeurs communes dans l'Union européenne, Onzièmes Journées Jean Monnet*, Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », 2014, 444 p.

<sup>25</sup> Voy. not. L. POTVIN-SOLIS, « Collectivités territoriales et système juridique de l'Union européenne » et « Collectivités territoriales et marché intérieur de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traités*, 2016, Fasc. 475 (56 p.) et Fasc. 476, (34 p.).

ultrapériphériques (RUP) et les pays et territoires d'outre-mer (PTOM)<sup>26</sup> et les relations avec les États tiers dans le contexte des accords commerciaux pouvant conduire la Cour à se prononcer sur des territoires extérieurs à l'Union<sup>27</sup>. Les progrès de la jurisprudence assurent la jonction et l'interdépendance entre les ordres juridiques qu'expriment les principes d'intégration et d'autonomie et invitent à rapporter les concepts du marché intérieur aux progrès constitutionnels d'un ordre économique et social partagé entre les États et propre à l'Union.

## II. LA CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE AUX PROGRES CONSTITUTIONNELS D'UN ORDRE ECONOMIQUE ET SOCIAL PROPRE A L'UNION

Les concepts du marché intérieur doivent être rapportés au cadre constitutionnel de l'Union pris dans sa globalité et aux autres politiques et actions de l'Union. L'avis 2/13 souligne à cet égard que « la poursuite des objectifs de l'Union, tels que rappelés à l'article 3 TUE, est (...) confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence » et que « ces dispositions, s'insérant dans le cadre d'un système propre à l'Union, sont structurées de manière à contribuer, chacune dans son domaine spécifique et avec ses caractéristiques particulières, à la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union elle-même »<sup>28</sup>. La Cour de justice a assuré et continue de développer un rôle moteur dans les avancées de ce processus. En marquant l'imbrication entre le cadre constitutionnel de l'Union et le processus d'intégration économique dans toutes ses dimensions politique, juridique, sociale et culturelle, la Cour précise les termes et les conséquences constitutionnelles de la liaison Union/États/ressortissants européens. Par cette liaison, la fonction fédérative de la jurisprudence invite à une émancipation des cadres de l'intégration économique et à une meilleure identification d'un ordre/développement/modèle économique et social pour l'Union et à sa mise en relation avec les progrès d'une constitution matérielle économique et sociale de l'Union. Ainsi, les facteurs de mutation des concepts du marché intérieur invitent à s'interroger sur la promotion par la Cour d'un sens renouvelé de l'intégration européenne (A) et sur l'identification jurisprudentielle

---

<sup>26</sup> Voy. not. parmi une jurisprudence abondante, CJCE, 16 juill. 1992, *Legros*, C-163/90, EU:C:1992:326 et CJCE, 9 août 1994, *Lanery*, C-363/93, EU:C:1994:315.

<sup>27</sup> Voy. not. CJUE, gde ch. 27 fév. 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16, EU:C:2018:118.

<sup>28</sup> Avis 2/13 préc., pt. 172.

des principaux traits d'un modèle de développement économique et social pour l'Union qui reste encore très largement à définir (B).

#### A. LES FACTEURS DE MUTATION DES CONCEPTS DU MARCHÉ INTERIEUR VERS UN SENS RENOUVELE DE L'INTEGRATION EUROPEENNE

Les progrès de la jurisprudence traduisent ceux de l'unité du marché intérieur et du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement visant une égalisation des conditions. Les avancées du principe d'égalité ont pris appui sur la méthode communautaire conçue comme une méthode supranationale et fonctionnelle qui permet d'orienter l'interprétation juridictionnelle des concepts du marché intérieur sur la réalisation des objectifs de la construction européenne, en particulier celui de bon fonctionnement du marché intérieur mais aussi, au-delà de ce-dernier, des grands objectifs axiologiques énoncés dans les préambules des traités et leurs premières dispositions qui réaffirment la volonté des États de « créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »<sup>29</sup>. La méthode communautaire supranationale s'est trouvée être toujours davantage concurrencée par le développement d'autres méthodes dans l'Union, tout particulièrement la méthode intergouvernementale. Elle s'exprime dans des termes variables dans le contexte des libertés de circulation et des règles de concurrence et se manifeste par le processus d'harmonisation des législations nationales et par la jurisprudence européenne, celle de la Cour de justice et celle des juridictions nationales.

La jurisprudence de Luxembourg a permis d'étendre l'effet direct du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et de le conjuguer avec celui de la citoyenneté européenne. Placée au centre de l'ELSJ<sup>30</sup>, cette dernière appelle à projeter les libertés de circulation au-delà du marché intérieur et à mieux assurer l'interaction entre les dimensions économique, sociale, culturelle et politique de la mobilité. Si depuis son institutionnalisation dans le traité de Maastricht, la citoyenneté européenne n'a cessé de progresser, elle reste ancrée dans la nationalité de chaque État membre et ne s'inscrit pas dans la reconnaissance d'un « *peuple européen* ». Cela n'empêche que le statut supranational et transnational qu'elle incarne, même s'il reste marqué par la mobilité, est qualifié de « *statut fondamental* »<sup>31</sup> des ressortissants des États membres et aspire à l'égalisation de la condition de ses titulaires par référence aux objectifs et au territoire (fonctionnel) de l'Union. En cela, l'énonciation dans

---

<sup>29</sup> Voy. Art. 1 al. 2 TUE.

<sup>30</sup> Voy. le § 2 de l'art. 3 TUE.

<sup>31</sup> CJCE, 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458.

l'article 9 TUE du principe d'égalité entre les citoyens de l'Union peut amener des progrès de la jurisprudence qui définit les termes de la combinaison entre ce statut et l'égalité entre les citoyens nationaux<sup>32</sup> ainsi que la portée de ses effets sur la condition juridique des ressortissants des États tiers dans l'Union<sup>33</sup>. Ce statut fait de la conciliation des intérêts sur le marché intérieur et au-delà du marché une question de citoyenneté qui touche aux fonctions et attributs essentiels des États, tout particulièrement quand sont en cause les droits politiques qu'elle incarne dans les États<sup>34</sup> et dans les collectivités qui relèvent de leur souveraineté<sup>35</sup> ou que la Cour se prononce sur l'applicabilité de la libre circulation des personnes à un chef d'État<sup>36</sup>. Les droits qui lui sont attachés ont pour effet de réduire le champ du concept de « *situations purement internes* » qui échappent aux règles du marché intérieur. Ce concept nourrit un dialogue des juges constructif, impulsé par les juges nationaux soucieux de réduire les « discriminations à rebours », dialogue qui contribue à promouvoir le principe d'égalité entre les ordres juridiques.

Les effets du principe de non-discrimination dans le cadre des libertés de circulation peuvent se combiner au degré d'autonomie normative locale et régionale dans les États<sup>37</sup> également pris en compte, dans le champ des règles de concurrence, dans la définition du caractère sélectif d'une aide publique qui a conduit la Cour à définir les critères de l'autonomie locale et régionale dans ce contexte<sup>38</sup>. Le processus de fusion des intérêts sur le marché intérieur intéresse directement la diversité étatique et infra-étatique, la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union et le principe d'égalité appliqué aux territoires en rapport avec l'égalité entre les États et le respect de l'identité nationale<sup>39</sup> ainsi que le sens du principe de subsidiarité, y compris dans sa dimension locale et régionale affirmée par le traité de Lisbonne<sup>40</sup>. La jurisprudence invite en cela à la définition d'un modèle de *développement* économique et social pour l'Union induisant la capacité de cette-dernière à faire valoir un *ordre* économique et social conforme aux valeurs communes et au respect des droits fondamentaux<sup>41</sup>.

---

<sup>32</sup> CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806.

<sup>33</sup> Voy. not. CJUE, gde ch. 8 mars 2011, *Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.

<sup>34</sup> Voy. CJUE, gde ch. 6 oct. 2015, *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648.

<sup>35</sup> Comp. not. CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, C-145/04, EU:C:2006:543, pts 79 et 95 et CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *Eman et Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545, pts 47 et 48.

<sup>36</sup> CJUE, gde ch. 16 oct. 2012, *Hongrie c./ Slovaquie*, C-364/10, EU:C:2012:630 (à propos de l'interdiction opposée au Président de la Hongrie d'entrer sur le territoire de la République slovaque).

<sup>37</sup> CJUE, gde ch. 16 juil. 2009, *Horvath*, C-428/07, EU:C:2009:458.

<sup>38</sup> V. CJCE, gde ch., 6 sept. 2006, *Portugal c/ Commission*, EU:C:2006:511, C-88/03, pts 56 à 58 et 11 sept. 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428/06, EU:C:2008:488, pt. 51.

<sup>39</sup> Voy. not. TUE, 10 mai 2016, *Izsák et Dabis c./ Commission*, T-529/13, EU:T:2016:282 (poursuivi en cours : *Izsák et Dabis c./ Commission*, C-420/16 P). Voy. aussi : TUE, 3 fév. 2017, *Minority SafePack one million signatures for diversity in Europe c./ Commission*, T-646/13, ECLI:EU:T:2017:59.

<sup>40</sup> Art. 5 § 3 TUE.

<sup>41</sup> Voy. les art. 2 et 6 TUE et les dispositions finales de la CDFUE.

## B. L'AUTONOMIE DES CONCEPTS DU MARCHÉ INTERIEUR ET L'IDENTIFICATION PROGRESSIVE D'UN MODELE DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE ET SOCIAL POUR L'UNION

L'autonomie des concepts du marché intérieur va de pair avec l'autonomie de la conciliation juridictionnelle des intérêts économiques et non-économiques sur le marché intérieur. Elle est attachée aux attributions de la Cour de justice et à l'exclusivité de sa compétence pour l'interprétation et l'appréciation de la validité du droit de l'Union, bien illustrée par les avis de la Cour relatifs à la création de l'EEE<sup>42</sup> et d'une juridiction européenne des brevets<sup>43</sup> ou à l'adhésion de l'Union à la CEDH<sup>44</sup>. Elle s'observe dans la conciliation des règles du marché intérieur avec les libertés et droits fondamentaux comme motifs légitimes de dérogation aux libertés économiques<sup>45</sup> et peut être rapportée aux progrès jurisprudentiels de l'interdiction des causes de discrimination prohibées par les articles 19 TFUE et 21 CDFUE<sup>46</sup>. Elle mérite d'être rapportée aux valeurs communes<sup>47</sup>. Elle s'impose en interne et sur la scène internationale vis à vis de laquelle la Cour de justice a affirmé l'autonomie de la garantie des droits fondamentaux par d'Union<sup>48</sup>. Les progrès de la jurisprudence invitent, pour reprendre la formule de Loïc Azoulay, à « un autre droit de l'intégration ». Comme le souligne l'auteur, « dans toute relation entre États membres, qu'elle se développe dans ou hors de l'Union, il y a un enjeu d'appartenance mutuelle qui engage leurs sociétés et le projet d'intégration »<sup>49</sup>.

Cette problématique se pose dans la conciliation entre les concepts économiques du marché intérieur et les droits sociaux fondamentaux, comme en témoigne l'arrêt *Laval un Partneri Ltd*, à propos du droit de mener une action collective dont il souligne « le caractère fondamental » tout en précisant que ce

---

<sup>42</sup> Avis CJCE 1/91, 14 déc. 1991, *Accord EEE – I*, EU:C:1991:490 et Avis CJCE 1/92, 10 avril 1992, *Accord EEE – II*, EU:C:1992:189.

<sup>43</sup> CJUE, ass. plén., 8 mars 2011, Avis 1/09, *Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, EU:C:2011:123.

<sup>44</sup> Avis 2/13 préc.

<sup>45</sup> CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333.

<sup>46</sup> Sur la question de discriminations en matière religieuse, V. not. : CJUE, gde ch. 14 mars 2017, *Bougnaoui*, C-188/15, EU:C:2017:204; CJUE, gde ch. 22 janv. 2019, *Cresco Investigation GmbH*, C-193/17, EU:C:2019:43.

<sup>47</sup> Voy. not. : CJUE, 6 nov. 2012, *Commission c./Hongrie*, C-286/12, EU:C:2012:687 ; CJUE, gde ch. 8 avril 2014, *Commission c./Hongrie*, C-288/12, EU:C:2014:237 ; ord. Pdt. CJUE, 15 nov. 2018, *Commission c./Pologne*, C-619/18, EU:C:2018:910 et ord. CJUE gde ch., 17 décembre 2018, *Commission c./Pologne*, C-619/18 R, EU:C:2018:1021.

<sup>48</sup> Depuis l'arrêt CJCE (gde ch.) 3 sept. 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461.

<sup>49</sup> « Appartenir à l'Union. Liens institutionnels et liens de confiance dans les relations entre États membres », *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015, p. 47-48.

caractère « n'est pas de nature à faire échapper une telle action, menée à l'encontre d'une entreprise établie dans un autre État membre qui détache des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale, au champ d'application du droit communautaire »<sup>50</sup>. La jurisprudence révèle, parfois de façon audacieuse, la teneur de l'effet des droits sociaux pris en eux-mêmes et dans leur combinaison avec le droit dérivé et le principe général de non-discrimination<sup>51</sup>. Mais elle peut aussi en marquer les limites<sup>52</sup>. Elle montre la nécessité de concilier les finalités économiques de l'Union à ses finalités sociales, notamment mises en avant par l'arrêt de grande chambre du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation*, qui souligne notamment que l'action de la Communauté comporte non seulement « un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux », mais également « une politique dans le domaine social »<sup>53</sup>. Elle assure un rôle fédérateur lorsqu'elle dégage des « principes du droit social de l'Union européenne » dont certains sont considérés comme « revêtant une importance particulière »<sup>54</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, elle se réfère expressément au concept « *d'économie sociale de marché hautement compétitive* » (concept issu de l'ordolibéralisme allemand) désormais inscrit dans le paragraphe 3 de l'article 3 TUE en lien avec le développement durable de l'Union, tant dans les politiques et actions internes de l'Union que dans ses relations extérieures<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> CJCE, gde ch. 18 déc. 2007, pt 91. ; voy. aussi not. CJUE, 8 sept. 2011, *Hennigs*, C-297/10, EU:C:2011:560, pt. 67 et CJUE, gde ch. 13 sept. 2011, *Prigge*, C-447/09, EU:C:2011:573, pt 47.

<sup>51</sup> CJUE gde ch. 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21 et CJUE, 14 mars 2018, *Stollwitzer*, C-482/16, EU:C:2018:180 (à propos du principe de non-discrimination en raison de l'âge) ; CJUE, 18 janv. 2018, *Carlos Enrique Ruiz Conejero*, C-270/16, EU:C:2018:17 (à propos du principe de non-discrimination en raison d'un handicap).

<sup>52</sup> CJUE, gde ch. 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, pts 45 et s., à propos de l'art. 27 CDFUE relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise.

<sup>53</sup> C-438/05, EU:C:2007:772, pt. 78.

<sup>54</sup> Par ex., le droit au congé annuel payé : CJCE, 10 sept. 2009, *Vicente Pereda*, C-277/08, EU:C:2009:542, pt 18 ; CJUE, 30 juin 2016, *Alicja Sobczyszyn*, C-178/15, EU:C:2016:502, pt 19 ; CJUE, 29 nov. 2017, *King*, C-214/16, EU:C:2017:914, pt 32 ; Voy. en ce sens notre article: « Le concept d' « économie sociale de marché hautement compétitive : Approche constitutionnelle de la jurisprudence de l'Union européenne », *Séminaire international sur la compétitivité européenne*, Université de Luxembourg, mars 2017, F. ALLEMAND (dir.), *Cahiers de recherche RESuME*.

<sup>55</sup> Voy. CJUE, gde ch. 21 déc. 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, EU:C:2016:972, pt. 76; voy. aussi, au regard du développement durable, de la protection sociale des travailleurs et de la protection de l'environnement : Avis 2/15, ass. plén., 16 mai 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, EU:C:2017:376, pts 141 et s.



# LE COQ FRANÇAIS SE PRENDRAIT-IL POUR LE PYGARGUE AMÉRICAIN ? RÉFLEXIONS SUR LA CONSTRUCTION D'UN ÉTAT STRATÈGE DE L'ÉCONOMIE

Par  
Fabien BOTTINI  
Docteur en droit public  
Directeur-adjoint du LexFEIM (EA 1013)  
Responsable pédagogique du Master  
Droit des Collectivités territoriales  
Président de la Section droit et science politique  
de l'Université Le Havre-Normandie

Parce que « se rendre invincible dépend de soi »<sup>1</sup>, comme l'enseignait déjà au VI<sup>e</sup> siècle le général Sun Tzu dans son célèbre *Art de la guerre*, la France a fait de sa mue en un « État stratège » sa parade face à la guerre des droits qui la menace dans le contexte de la mondialisation.

À la lettre, le terme même d'« État stratège » renvoie à un concept – français ! – utilisé dans plusieurs rapports publics à partir de 1993<sup>2</sup>, avant d'être repris dans le débat politique et expressément cité dans une circulaire du 14 février 2002<sup>3</sup>. Traduit en anglais sous le nom de « *steering state* »<sup>4</sup> – littéralement « État pilote » –, le terme a suscité l'intérêt des politistes<sup>5</sup> et des économistes<sup>6</sup>,

---

<sup>1</sup> Sun Tzu, *L'art de la guerre*, rééd. Primento 2012.

<sup>2</sup> V. Commissariat Général au Plan, *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*, DF 1993, p. 95 ; Picq J., *L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde*, DF 1995, p. 110 ; Commissariat à la réforme de l'État, *Avant-projet de plan triennal pour la réforme de l'État du 31 octobre 1995*, Reforme n° 10 (non publié).

<sup>3</sup> V. aussi les Avis PRMX0502202V ; PRMX0601522V et PRMX0801277V, relatifs à la mise en vente de publications officielles (direction de la Documentation française).

<sup>4</sup> Bezes P., « L'État stratège », *Sociologie du travail* 2007-49/S2. 67 s.

<sup>5</sup> Baudy P., *L'État stratège*, éd. de l'Atelier 1991.

<sup>6</sup> Bance P. (dir.), *Quel modèle d'État stratège en France ?*, PURH 2016.

même s'il est encore aujourd'hui peu étudié dans le champ juridique<sup>7</sup> bien qu'il sous-tende un certain nombre de réformes textuelles ou jurisprudentielles. Dans l'esprit, l'expression renvoie en effet à une sorte de mouvement défensif d'un pays qui représente 1% de la population du globe et qui cherche à conserver sa place de 5<sup>e</sup> puissance économique, en s'inspirant de solutions expérimentées par la première puissance du monde, tout en s'en démarquant dans un seul et même objectif : gagner en efficacité et en efficacité, pour renforcer sa compétitivité et son attractivité face à la concurrence étrangère et sauvegarder son modèle social.

Certes, le **droit américain et l'idéologie qui le sous-tend ne sont pas le seul objet du « benchmarking » international auquel se livre « l'État stratège »** pour atteindre ces objectifs. D'autres pays servent également de source d'inspiration, du fait de leur prospérité économique, comme l'Allemagne (l'état du réseau ferroviaire allemand a d'ailleurs servi d'éléments de comparaison au gouvernement Philippe pour justifier sa réforme de la SNCF et du statut des cheminots<sup>8</sup>), l'Italie<sup>9</sup>, le Japon<sup>10</sup>, ou même... la Chine<sup>11</sup> ! L'image même du *benchmarking* est cependant intéressante, dans la mesure où la technique a été inventée dans les années 1980 dans le domaine économique par les entreprises américaines comme Xerox, pour faire face à la concurrence japonaise. Comme l'expliquait Laurence Parisot, l'ancienne présidente du MEDEF, *Benchmarker* c'est « évaluer dans une optique concurrentielle pour s'améliorer »<sup>12</sup>. Le procédé se distingue ainsi de la conception française du droit comparé par sa finalité qui est, non pas de parvenir à l'apparition d'un droit universel garant des droits et libertés des individus, mais de gagner des parts de marché face à la concurrence étrangère.

Certes, également, **le droit américain a lui-même profondément évolué depuis les années 1980**<sup>13</sup>. Le libéralisme qui l'inspire a non seulement compilé au gré des époques les idées de John Locke (qui a influencé le constitutionnalisme du XVIII<sup>e</sup> siècle dans lequel se sont inscrits les fédéralistes<sup>14</sup>), de John Stuart Mill (davantage au cœur de l'œuvre de John Rawls

---

<sup>7</sup> Seuls 3 articles ressortent d'une recherche en texte intégral du terme sur le moteur de recherche Doctrinal+ : Marin P., « Hôpital public et "nouvelle gouvernance" », *RDSS* 2015. 41 s. ; Pontier J.-M., « La décentralisation territoriale dans les réflexions sur la réforme de l'État », *RA* 1995. 408 ; Larcaze J.-L., « Rôle et missions de l'État », *Cahiers du CNFPT* 1994. 19.

<sup>8</sup> « Ce que prévoit le gouvernement pour réformer la SNCF », *Le Figaro* 26.2.2018.

<sup>9</sup> Marini P., « Rapport sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, *Doc. S.* 2000-5. 234.

<sup>10</sup> Congressional research service (CRS), « The European Union's Small Business Act: A Different Approach », *Report R44084*, p. 13.

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Cité in Bruno I. et Didier E., *Benchmarking: L'État sous pression statistique*, La Découverte 2015.

<sup>13</sup> Sur cette question, cf. Hartz L., *The liberal tradition in america*, Harcourt 1955 et Young J., *Reconsidering American Liberalism*, Routledge 2018.

<sup>14</sup> Sur cette question, v. Rosenblum D. H., « Public administration legal's dimension : three models », in *The state of public administration*, Routledge 2015, p. 368.

et du *New Deal*<sup>15</sup>) et d'Adam Smith (qui a inspiré Milton Friedman et le « moins d'État » qui a sous-tendu la politique américaine des années 1980-2000<sup>16</sup>), mais il les combine différemment selon les contraintes du moment. Dans les années 1970, le modèle américain a ainsi dû s'adapter à « *the new economic realities imposed by international competition* »<sup>17</sup> avant qu'au tournant des années 2000 l'accent soit mis sur la nécessité de « *reinventing government* » (« réinventer l'administration ») sous l'influence des idées de la nouvelle gestion publique<sup>18</sup>. À cela s'ajoute que les écoles néolibérales américaines sont parfois très différentes, puisqu'« **on ne saurait confondre** », comme le rappelle Y.-M. Morissette, **le mouvement « *Law and Economics* avec » « le néo-libéralisme de tendance libertarienne incarné par des intellectuels comme (...) Milton Friedman »**<sup>19</sup>. Tandis que le premier s'intéresse aux effets économiques des règles juridiques, le second formule une critique radicale de l'emprise de l'État-providence sur l'économie de marché.

Si ces constats sont exacts, il ne faut toutefois pas oublier que **ce qui caractérise les États-Unis depuis leur fondation, c'est** cette synthèse de l'éthique calviniste et de l'« esprit du capitalisme » mise en lumière par Max Weber<sup>20</sup> et dont découle **ce mélange du droit et de l'économie ; cette façon de faire de la normativité juridique l'instrument du « *free marketplace* », du marché libre**. Malgré « *the great plasticity* »<sup>21</sup> du libéralisme américain et de son droit, « *the major political tradition have shared a belief in the rights of property, the philosophy of economic individualism, the value of competition ; they have accepted the economics virtues of capitalism as necessary qualifies a man* », comme le relevait Louis Hartz en 1955. Ce qu'admettent bien volontiers ses contradicteurs. Tout en pointant le caractère par trop généraliste de son analyse, J. Young<sup>22</sup> concède que le trait caractéristique des États-Unis tient à la

<sup>15</sup> Young J., *op. cit.*

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> Kincaid J., « From Cooperative to Coercive Federalism », *AAPSS* 1990-509. 147.

<sup>18</sup> OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique*, OCDE 2002, p. 270.

<sup>19</sup> Morissette Y.-M. « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *RIDC* 2013-635.

Sur les différentes écoles néolibérales, v. Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », in Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare & Martin 2017, p. 49 s.

<sup>20</sup> *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon 1920 ; rééd. OUP 2011. Sur la question, v. Kruse K., *One Nation under God*, Basic Books 2015.

<sup>21</sup> Young J., *op. cit.*

<sup>22</sup> *Id.* : « *there is no doubt* », écrit l'auteur, « *that the Hartz thesis explains a great deal about the politics and history of the United States* ». Plus loin, il écrit encore « *there is no question of the great, perhaps unique, importance of liberalism in US politics and history* ». Mais il complète l'analyse de Hartz sur deux points. En premier lieu, il souligne l'importance du rôle aussi joué par le « *puritanism* », le « *republicanism* », la « *democracy* » et le « *multiculturalism* » dans la construction de l'idéologie américaine et de son juridisme (tout en relevant l'absence d'influence de mouvements tels que le « *conservatism* » et le « *socialism* »). En second lieu, l'auteur identifie au sein de la mouvance libérale au moins trois courants ayant inspiré la tradition juridique américaine.

combinaison de « *values (...) widely held* »<sup>23</sup> and « *shared* »<sup>24</sup> s’incarnant dans les « *basics ideas of individualism, capitalism, constitutionalism and* »<sup>25</sup> « *a formal committment to political and legal, if not economic equality* »<sup>26</sup> des citoyens. Pour cette raison, **en droit américain, « *the law is constructed on the basis of private interests* »** tel que le souligne A. Ogust : « *its fundamental role is to preserve economic liberty, the freedom to produce, acquire, use or consume whatever the individual wants* »<sup>27</sup>. Comme le résumant des auteurs franco-canadiens, pour cette raison, aux ÉU « on se trouve en présence d’une société plus économique que politique »<sup>28</sup>. Or, ces « valeurs » se sont diffusées dans d’autres États du monde, du fait de la libéralisation des économies nationales à laquelle ont poussé les États-Unis, au moins du sortir de la seconde guerre mondiale jusqu’à l’élection de Donald Trump en 2016.

**Si c’est cette mise du droit national au service de « l’idéal »<sup>29</sup> d’une allocation optimale des ressources par le libre jeu du marché dont doit découler le progrès social qu’on entend par « américanisation » du droit »,** ce phénomène apparaît avoir été davantage subi que choisi : dans le sens où il est résulté des « *competitive strategies approach* » développées par les ÉU « *to shape a competitor choices in ways that favor (their) objectives* »<sup>30</sup>. À partir des années 1970, le pays a ouvertement usé de tous les moyens à sa disposition – militaires (il a la première armée du monde), diplomatiques (il est à l’origine des traités « nouvelle génération »)<sup>31</sup> mais aussi monétaires (au travers de l’action de l’*Exchange Stabilization Fund*<sup>32</sup>), financiers (du fait de la libéralisation des marchés éponymes), économiques (il reste la première puissance marchande du monde) et juridiques – pour façonner le monde à son image. S’il a notamment su

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Ogus A., *Regulation : legal form and economic theory*, Bloomsbury Publishing 2004, §2.6.

<sup>28</sup> Bernier L. et Hafsi T., « L’État stratège et ses entreprises publiques : conserver au Québec la tradition du *arm’s lenght* britannique ou importer le nouveau modèle français », in *Quel modèle d’État stratège en France ?*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>29</sup> Sur cet idéal, v. Souty F., « Introduction », in Bazex M. et a., *Les PME et le droit de la concurrence*, LexisNexis-Litec 2009, p. 4 s.

<sup>30</sup> Mahnken G. T., « Thinking about competitive strategies », in *Competitive strategies for the 21st Century*, Standfor Univesity Press 2012, p. 7-8 : « *the competitive strategies approach focuses on the peacetime use of latent military power (...) to shape a competitor choices in ways that favor our objectives (...). The competitive strategies approach assumes sufficient understanding of the competitor to be able to formulate and implement a long-term competitive strategy (...). Effective competitive strategies are predicated on an understanding of a competitor’s decision-making process and doctrine* ».

<sup>31</sup> V. les chiffres donnés par OECD, *Development Co-operation Peer Reviews: United States 2016*, OECD 2016, p. 1. Il faut également se rappeler que les rapports *Doing buziness* de la Banque mondiale insistent sur les atouts de la *common law*.

<sup>32</sup> Que le département du Trésor américain présente comme « *An emergency reserve fund of the United States Treasury Department, normally used for foreign exchange intervention. This arrangement allows the US government to influence currency exchange rates without affecting domestic money supply* ».

user de « *the mobilisation of private sector resources* »<sup>33</sup>, de « *the use of contracting power by multinational corporations* »<sup>34</sup> et du lobby constant de ses cabinets d'affaires<sup>35</sup>, l'application extraterritoriale de la loi américaine donne en outre parfois l'impression que c'est le droit international qui est subordonné à la Constitution fédérale de 1787 et non le contraire : comme l'ont relevés plusieurs auteurs de renom (à l'image de Serge Sur<sup>36</sup> ou de François Ost et de Michel van de Kerchove<sup>37</sup>).

C'est donc sous l'effet conjugué de ces leviers que les autres économies du monde ont dû s'adapter à ces valeurs, se positionner par rapport à elles, pour conserver ou prendre des parts de marché sur la scène internationale. La France n'a pas échappé à ce phénomène. Non seulement c'est lui qui sous-tend le tournant de la rigueur pris par le gouvernement Mauroy en 1983 et la relance de la construction européenne opérée à partir de 1986 avec l'adoption de l'Acte Unique Européen, mais nombreux sont les travaux parlementaires à motiver le lancement de certaines réformes par le souci de rattraper le « retard » pris par le droit interne sur le droit américain et rester compétitif en matière économique<sup>38</sup>.

Ce mimétisme a été d'une telle ampleur dans les années 1990 que des juristes américains n'ont pas hésité à affirmer que « *the American legal system is the most significant in the world today* »<sup>39</sup>. **L'étude de l'américanisation du droit présente pour ces raisons le double intérêt d'offrir une grille de lecture des transformations en cours de l'ordre juridique interne et d'identifier des pistes de réformes prometteuses en faveur du renforcement de la compétitivité du système juridico-économique français et de son rayonnement mondial** : en évitant les pièges qui minent aujourd'hui le contrat social américain et hypothèque l'avenir du pays.

Ainsi compris, **l'État stratège** apparaît comme un être « proactif ». C'est celui qui, par la mobilisation permanente de son appareil politico-administratif, **cherche à adapter son arsenal juridique pour à la fois maintenir la compétitivité de son économie nationale et préserver son modèle social**, dans

---

<sup>33</sup> OECD, *Development Co-operation Peer Reviews: United States 2016*, OECD 2016, p. 1.

<sup>34</sup> Brownsword R. et a., « Introduction », in *Contract and regulation*, E. Elgard 2017, p. 1.

<sup>35</sup> Kelemen R. D. et Sibbitt E. C., « The globalisation of american law », *International organizations* 2004-58. 104. Il est intéressant de relever à ce titre qu'entre 2006 et 2014, un tiers des nouveaux associés des cabinets d'affaires français étaient issus du monde politique et administratif (sur cette question, v. France P. et Vauchez A., *Sphère publique, intérêts privés*, Les presses de Science po 2017).

<sup>36</sup> Sur S., « L'État entre éclatement et mondialisation », *RBDI* 1997-1. 14.

<sup>37</sup> Ost F. et van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau?*, Fac St Louis 2002, p. 112.

<sup>38</sup> V. par ex., Charié J.-P., « Rapport sur le projet de loi de modernisation de l'économie », *Doc. AN* 2008-908. 30, 34, 50, 129, 149, 171, 185, 181 et 428 ; Besson É., « Rapport sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques », *Doc. AN* 2000-2327 ; Gauvain R., « Rapport sur la proposition de loi sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », *Doc. AN* 2018-777. 11, 13, 15, 38.

<sup>39</sup> Morison A. B. et a., *Fundamentals of american law*, New York University School of Law 1996 (*back cover*).

un contexte de mutations rapides, en prenant les mesures nécessaires pour accompagner, soutenir et orienter les évolutions de son marché domestique, **dans un objectif d'intérêt général et dans le respect des règles concurrentielles internationales et européennes**. Ainsi compris, le concept recoupe celui d'**État régulateur**, dans la mesure où il vise à assurer le bon fonctionnement de l'économie. **Mais il s'en distingue en ce que** l'État régulateur est un « État arbitre » se contentant « d'assurer le maintien des grands équilibres économiques »<sup>40</sup>, comme l'explique Jacques Chevallier, alors que **l'État stratège cherche dans les interstices que lui laissent ses engagements inter et supranationaux les marges de manœuvre qui lui permettent de gagner en compétitivité dans le grand marché mondial**, en s'inspirant des retours d'expérience étrangers, notamment de ceux des ÉU.

À l'aune du modèle américain, c'est une chimère dans les deux sens que revêt l'expression.

C'est d'abord une créature hybride, fruit – en partie au moins – d'une sorte de métissage du coq français et du pygargue américain destiné à fonder un « mieux d'État ». Au Pygargue et aux (néo)libéralismes américain, l'État stratège concède que l'économie administrée du milieu du XXe siècle n'est aujourd'hui plus adaptée au double mouvement de la mondialisation et de régionalisation des continents. Mais il conserve du coq et du colbertisme français, le refus du tout économique et la conviction que l'État a encore un rôle d'impulsion et de régulation à jouer dans l'économie. L'État stratège ne s'inspire du « *free marketplace of government* » américain et de son cadre juridique qu'autant qu'ils lui permettent de conserver un avantage compétitif dans la guerre des droits mondiale. **Le « steering state » français n'est ainsi pas le « hidden state »** (ou le « *State out of sight* ») **américain**.

C'est ensuite un peu la belle et la bête, une créature fabuleuse et un être bizarre. Car l'américanisation se traduit par la **transposition-adaptation de principes directeurs** oh combien **chargés d'idéologie** qui, malgré leurs connotations positives, ne sont pas sans part d'ombre.

Derrière leur acclimatation, se cache l'idée qu'en bon stratège, l'État doit savoir dévoiler son jeu sans abattre toutes ses cartes. Car l'hybridation des traditions juridiques française et américaine à laquelle procède l'État stratège poursuit à l'analyse deux objectifs. Si elle vise, d'un côté, à faire du droit interne un atout de la compétitivité nationale dans le marché mondial (I), elle tend, d'un autre côté, à en faire l'instrument de la défense des intérêts nationaux face à la concurrence des États tiers et de leurs entreprises (II).

---

<sup>40</sup> Chevallier J., « L'État régulateur », *RFAP* 2004-3/111. 477.

## I. L'HYBRIDATION DU DROIT INTERNE COMME ATOUT DE LA COMPÉTITIVITÉ NATIONALE DANS LE MARCHÉ MONDIAL

Renforcer la gouvernance (A) et la transparence (B) de l'action publique pour accroître son efficacité et son efficacité sur le long terme (C) : voilà quels sont les objectifs dérivés du droit américain qui imprègnent l'action de l'État stratège, pour faire du « renouveau du service public » un « enjeu (...) décisif » de « la compétitivité de (son) appareil économique »<sup>41</sup>.

### A. LE RECOURS ACCRU A LA GOUVERNANCE

Si Pierre Conesa a raison de voir l'État stratège comme « un nouvel art de gouverner »<sup>42</sup>, c'est parce l'État français cherche désormais ouvertement à solutionner la « complexité croissante des problèmes »<sup>43</sup> qui s'offrent à lui, en soutenant les initiatives de la société civile qui lui semblent le plus à même de les surmonter, plutôt que d'essayer de les résoudre lui-même directement.

Bien que l'expression même de gouvernance fasse également débat<sup>44</sup>, on peut y voir un dépassement des « liens verticaux et hiérarchiques de l'État et (d)es liens horizontaux du marché »<sup>45</sup>. Appliqué à l'État stratège, le concept caractérise « un État (...) moins engagé dans l'opérationnel » n'hésitant pas à laisser « plus de place aux autres acteurs pour la réalisation de ce qu'il a prévu de faire »<sup>46</sup>, comme c'est le cas aux États-Unis.

Le modèle américain semble ainsi l'avoir poussé à faire du principe de subsidiarité la clé de répartition des compétences entre acteurs privés et publics, de façon à « laisser faire » et « faire faire » en principe (1°) et à faire, de façon concertée et coordonnée, lorsque ce n'est pas possible autrement (2°).

#### 1. SAVOIR « FAIRE FAIRE » ET « LAISSER FAIRE »

Pour paraphraser l'historien Jean Bouvier<sup>47</sup>, l'État stratège sait rompre quand il le faut avec le « faire » hérité des idées socialistes au profit de modes

---

<sup>41</sup> Circulaire PRMX8910096C, relative au renouveau du service public du 23.2.1989.

<sup>42</sup> Conesa P., « L'État-stratège – Portée et limites d'un nouvel art de gouverner », *Les cahiers de Friedland* 2008-1. 89.

<sup>43</sup> Chevallier J., « La régulation juridique en question », *Droit et société* 2001-3/49. 830.

<sup>44</sup> Sur cette question, v. de Raulin A. et Pastorel J.-P. (dir.), *Gouvernance et réforme administrative. Mélanges en l'honneur de Marc Debène*, PUAM 2018.

<sup>45</sup> Pitsey J., « Le concept de gouvernance », *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010-2/65. 33.

<sup>46</sup> Bernier L. et Hafsi T., *op. cit.*, p. 173.

<sup>47</sup> Bouvier J., « L'amont de notre incertain avenir : les longues durées », *Le Débat* 1987/4-46. 34.

d'interventions oscillant entre le marteau du « laissez-faire » et l'enclume du « faire faire » vanté par le « *free marketplace of government* » américain. Si la subsidiarité doit désormais guider son intervention dans des domaines d'activité partagés, celle-ci ne repose toutefois pas tant sur la « conviction que l'État peut faire ou faire faire »<sup>48</sup> comme l'écrivait A. Etchegoyen que sur celle que l'État peut faire faire ou mieux... laisser faire autant que possible, comme le fait son homologue outre-Atlantique.

I. L'État stratège a d'abord emprunté au modèle américain l'idée qu'il convient de faire faire, en externalisant la réalisation des actions à mener à des prestataires du secteur privé, chaque fois que c'est opportun. Ce phénomène s'inspire de la vague de *contracting out* lancée Outre-Atlantique. Dès 1955, « *the policy was enacted (that) the Federal government will rely on the private sector for goods and services that are not inherently governmental* »<sup>49</sup>. Précisée par l'OMB *Circular A-76 issued in 1966*, cette politique a été relancée par le Bush *FAIR (Federal Activities Inventory Reform) Act* du 19 octobre 1998 ordonnant aux agences fédérales de recenser chaque année la liste des emplois qui pourraient être externalisés et confiés à des co-contractants du secteur privé. Ces textes ont ainsi inspiré les programmes équivalents lancés en droit interne à partir des années 1990 (RGPP – Revue Générale des Politiques Publiques –, MAP – Modernisation de l'action publique – et, désormais, Action publique 2022) pour « préciser, domaine par domaine, la frontière entre les missions qui incombent aux personnes publiques et celles qui peuvent relever des acteurs privés (entreprises économiques ou acteurs sociaux) »<sup>50</sup>. À la tendance « de nombreuses villes » américaines « à se lancer dans la contractualisation de services publics auprès d'entreprises privées »<sup>51</sup>, fait de même désormais écho le choix des administrations locales françaises de recourir à des marchés de services (type partenariat public-privé par exemple) pour compenser la baisse des dotations globales de fonctionnement : en confiant la gestion d'un certain nombre d'activités d'intérêt général à des prestataires privés. L'État stratège se démarque toutefois de l'*hidden State* américain en ce qu'il ne conduit pas (encore ?) au « *government dependency on private contractors* »<sup>52</sup> qu'avait dénoncé le président Eisenhower en 1961, en mettant les américains en garde contre les « *grave implications* » du « *militaro-industrial complex* »<sup>53</sup>. Avec 5,17 millions d'employés travaillant pour 160 000 entreprises privées, lesdits

<sup>48</sup> Etchegoyen A., *Regards prospectifs sur l'État stratège*, t. 2, DF 2005, p. 10.

<sup>49</sup> Senate reports no. 105-269 (Comm. on Governmental Affairs), II.

<sup>50</sup> Circ. n° PRMX9500950C du 26.7.1995, relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics.

<sup>51</sup> Giban D., « Le pouvoir institutionnel local et la question sociale aux États-Unis », in *Politique américaine*, 2007-2/8. 122.

<sup>52</sup> Henry N., « Federal contracting », in *The state of public administration*, op. cit., p. 221.

<sup>53</sup> *Id.*

« *contractors* » représentent 3 fois les effectifs des employés du gouvernement fédéral, ce qui en fait sous certains aspects un « *shadow government* »<sup>54</sup> qui n'a pas son équivalent en droit français.

II. L'État stratège emprunte ensuite à l'*hidden State* américain l'idée que la puissance publique doit savoir laisser-faire. S'il pourrait être tentant d'y voir un retour aux sources, dans la mesure où la Révolution française s'était déjà ralliée aux vertus du libre jeu du marché, il s'agit en réalité d'une évolution plus que d'une involution, dans la mesure où l'État français est désormais doublement limité dans son action.

Il l'est, en premier lieu, par les droits économiques fondamentaux (comme la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté contractuelle) et le respect de l'ordre public économique (dont découle le droit de la concurrence et le principe de sécurité juridique) auquel il s'est lui-même assujéti : de façon à faire de la protection conventionnelle et constitutionnelle des droits subjectifs des opérateurs économiques et du bon fonctionnement du marché domestique un avantage compétitif. L'exemple américain a en effet favorisé l'apparition de nouvelles procédures, permettant aux intéressés d'agir vite et fort au contentieux contre une décision publique illicite, contraire à leurs intérêts. Vite, car là où le *Federal rules of civil procedure* fait du caractère « *speedy of every action and proceeding* » une finalité du droit fédéral, le droit français fait de la « célérité » l'objectif de ses réformes de procédure<sup>55</sup> : tandis que différents textes permettent aux requérants de former des « *interlocutory injunction* » aux niveaux fédéral (28 USC § 2349) ou fédérés américains (v. par ex. *Georgia Code* § 9-11-65 (2014)), des procédures de référé ont été créées par le législateur (art. L. 521-1 s., L. 551-1 s., L. 551-13 s., R. 531-1 et R. 551-1 s. du CJA) ou la jurisprudence (référé Société Travaux Tropic Signalisation<sup>56</sup> et Tarn-et-Garonne<sup>57</sup>) en droit interne. Fort, car de même que le droit américain reconnaît aux particuliers le droit de défendre leurs droits constitutionnels par voie d'exception (US SC 5 U.S. 137 1<sup>er</sup>.2.1803, *Marbury vs Madison*), le droit français s'est doté d'une telle procédure à l'occasion de la révision constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (nouvel article 61-1 C.). Si le rapprochement est ici indéniable avec le droit américain, il s'en démarque toutefois à nouveau en ce que les principes précités doivent eux-mêmes se concilier avec, outre les autres impératifs d'intérêt général dont l'État a la charge, la conception française des droits du citoyens et des droits sociaux. S'agissant de la liberté politique, l'État stratège reste une démocratie avant d'être une République, alors que les ÉU sont une République avant d'être une démocratie, comme l'illustre la règle du « *winner-take-all* » qui conduit à

---

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Amrani-Mekki S., « Le principe de célérité », *RFAP* 2008-1/125. 44.

<sup>56</sup> CE Ass. 16.7.2007, Sct Tropic Travaux Signalisation, *CRDF* 2007-6. 161, note Bottini.

<sup>57</sup> CE 4.4.2014, Dpt de Tarn-et-Garonne, *RFDA* 2014. 425.

élire à la présidence de la République américaine le candidat qui a obtenu le moins de suffrages populaires s'il a remporté le plus d'États fédérés. Quant aux droits sociaux, la Constitution fédérale américaine n'a pas d'équivalent au préambule de 1946 (ni à la charte des droits fondamentaux de l'UE). Ce qui explique que « prédominant à la fois l'assurance d'entreprise ou la prévoyance privée pour les catégories les mieux intégrées, et l'aide sociale pour les plus démunis »<sup>58</sup>, malgré la promulgation de l'Obamacare le 30 mars 2010. À cela s'ajoute que la QPC conduit à un contrôle centralisé et abstrait alors que le contrôle de constitutionnalité américain reste décentralisé et concret.

L'État stratège a ensuite été influencé par les débats qui ont eu lieu outre-Atlantique sur l'opportunité d'introduire une règle d'or au niveau national. L'intérêt d'une telle disposition est tout à la fois de renforcer l'indépendance de l'État à l'égard des marchés financiers, en plafonnant le recours public à l'emprunt, et de rassurer les opérateurs économiques, en limitant ses capacités d'intervention dans l'économie. Mais le droit français a ici été plus loin que le droit américain (sous l'influence de l'Union européenne et de l'Allemagne) : alors qu'aux États-Unis l'adoption d'une telle disposition est encore en projet – puisque les débats intervenus « depuis la présidence Clinton jusqu'à la proposition de loi constitutionnelle soumise en 2011 à la Chambre des représentants<sup>59</sup> »<sup>60</sup> au niveau fédéral ne se sont à ce jour concrétisés par l'adoption d'aucun texte contraignant –, la loi organique n° 1403 du 17 décembre 2012 astreint l'État français à respecter un objectif d'équilibre budgétaire (en conséquence de la ratification du Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance au sein de l'Union européenne (TSCG) du 2 mars 2012).

Si la règle d'or limite désormais les capacités d'intervention de l'État français dans l'économie, ce dernier continue toutefois de faire quand il faut, mais de façon coordonnée et co-construite.

## 2. CONTINUER DE FAIRE QUAND IL LE FAUT, MAIS DE FAÇON COORDONNÉE ET CO-CONSTRUITE

---

<sup>58</sup> Rambaud T., « Les droits sociaux comme droits fondamentaux », *RIDC* 2014-2. 620. Dans le même sens, v. Roman D., « Les droits sociaux, entre “injusticiabilité” et “conditionnalité” : éléments pour une comparaison », *RIDC* 2009-61/2. 294.

<sup>59</sup> H. J. RES. 2. *Joint Resolution Proposing a balanced budget amendment to the Constitution of the United States*.

<sup>60</sup> M'Bongo P., « Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre américanophilie et américanophobie. Synthèse », Mission de recherche droit et justice 2013, p. 11.

L'État stratège cherche à renforcer l'efficacité et l'efficience de son action en recourant tout à la fois à la « gouvernance multi-niveaux »<sup>61</sup> et à la *smart regulation*.

I. Comme les États-Unis, il joue désormais sur les échelles de l'État, de façon à confier une compétence partagée au niveau de territoire le mieux à même de l'assurer efficacement. Si l'idée s'est ainsi imposée que « les décisions » devaient être « prises au plus près de ceux qu'elles concernent directement »<sup>62</sup>, **l'État stratège reste toutefois un État unitaire là où les ÉU sont une fédération**. Ce qui explique deux limites importantes à cet aspect de son américanisation.

En premier lieu, l'État stratège reste soucieux de la cohésion nationale. Aux États-Unis, « l'idéologie du *free marketplace of government* » conduit « nombre d'élus » à considérer « qu'un système métropolitain fragmenté stimule la compétition entre gouvernements locaux pour la fourniture de services »<sup>63</sup>, alors que l'État stratège cherche au contraire à l'éviter. Outre que la création des intercommunalités « XXL » (supérieures à 15 000 habitants) par la loi NOTRe n° 2015-991 du 7 août 2015 vise à mettre un terme aux effets d'aubaine engendrés par la mise en concurrence des fiscalités communales à laquelle se livraient les entreprises<sup>64</sup>, certains schémas ou contrats visent clairement à mieux articuler les actions des différents niveaux de territoires. À côté des schémas départementaux (schémas autonomie (2013-2017) enfance-famille (2011-2015)) ou régionaux (Schéma Régional de Développement Économique, d'Innovation et d'Internationalisation de la Région (SRDEII), schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET), schéma régional d'intelligence économique (SRIE)... ) se sont en effet développés les contrats de plan État-entreprises nationales<sup>65</sup> / État-régions<sup>66</sup>, d'exercice concerté des compétences<sup>67</sup>, de ville<sup>68</sup>, de ruralité<sup>69</sup>, de présence postale<sup>70</sup>, de développement territorial<sup>71</sup>, locaux de santé<sup>72</sup>, enfance-

---

<sup>61</sup> Bance P. et Fournier J., « Conclusion », in *Quel État stratège pour la France*, *op. cit.*, p. 414.

<sup>62</sup> Circ. PRMX8910096C du 23.2.1989, *préc.*

<sup>63</sup> Giban D., *loc. cit.*, p. 122.

<sup>64</sup> Sur cette question, v. Lombard M., « L'interventionnisme en économie des collectivités territoriales », *éd. du CNFPT 2015* (disponible sur le site [www.cnfpt.fr](http://www.cnfpt.fr)).

<sup>65</sup> V. par ex. le contrat de présence postale territoriale, signé le 11 janvier 2017 entre La Poste, l'Association des Maires de France (AMF) et l'État.

<sup>66</sup> L. n° 82-653 du 29.7.1982.

<sup>67</sup> Art. L. 1111-9-1 du CGCT.

<sup>68</sup> L. du 21.2.2014, de programmation pour la ville et la cohésion urbaine.

<sup>69</sup> V. Circ. ruralité du ministre de l'Aménagement du territoire du 23.6.2016.

<sup>70</sup> V. Contrat de présence postale territoriale, *préc.*

<sup>71</sup> L. n° 2010-597 du 3.6.2010, relative au Grand Paris, art. 21.

<sup>72</sup> Art. L. 1434-17 du C. de santé publique.

jeunesse<sup>73</sup>, les pactes État-métropole<sup>74</sup> ou encore financiers<sup>75</sup> ayant pour objectif de parvenir à un développement socio-économique respectueux de l'unité de la République. La même finalité explique que l'État stratège veille à la péréquation des richesses entre les territoires pauvres et riches alors que « la pression financière progresse de façon disproportionnée dans » les communes défavorisées américaines », faute de voir l'accroissement des inégalités « corrigé par les politiques fiscales fédérales et fédérées ». Ce qui conduit « les grandes villes (...) à concentrer les plus pauvres »<sup>76</sup>. Comme le résume l'OCDE, « *benefits from growth have not been sufficiently broad based* »<sup>77</sup> aux ÉU.

En second lieu, l'État stratège conserve d'importantes marges de manœuvre dans l'application des dispositions décidées par l'échelon supérieur (*i. e.* : l'UE) contrairement aux États fédérés américains. Non seulement l'UE est – au mieux – une fédération en voie de réalisation et – au pire – un « objet politique non identifié » (J. Delors) contrairement aux ÉU qui sont un véritable État fédéral, mais la première se sert des directives là où le second recourt aux lois fédérales. Or, le propre des directives est de « lie(r) tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » (art. 288 du TFUE) alors que la loi fédérale apparaît beaucoup plus « coercitive »<sup>78</sup>.

II. L'objectif d'efficience et d'efficacité qui sous-tend son action conduit par ailleurs l'État stratège à associer plus systématiquement qu'auparavant les destinataires de la norme à la prise de décision pour réglementer moins et mieux<sup>79</sup>, comme le préconise le mouvement (américain) *Law and Economics*<sup>80</sup>. Celui-ci promeut le recourt à une « *smart regulation* » reposant sur des « *complementary combinations (rather than alternative) of policy instruments, tailored to particular environmental goals and circumstances* », fort de cette conviction que de tels mécanismes « *will produce more effective and efficient policy outcomes* »<sup>81</sup>. Conformément à cette idée, les autorités américaines recourent dans un nombre important d'hypothèses à la « *public participation* »<sup>82</sup>

<sup>73</sup> Circ. de la Direction de l'action sociale ALC 2006-076 du 22.6.2006.

<sup>74</sup> Conclus sur le fondement de l'art. L. 1111-8-1 du CGCT et du D. n° 2015-687 du 17.6.2015.

<sup>75</sup> L. n° 2018-32 du 22.1.2018.

<sup>76</sup> *Id.*, 123.

<sup>77</sup> OECD, *Improving well-being in the United States*, OECD 2014, p. 4.

<sup>78</sup> En ce sens, v. Kincaid J., « From Cooperative to Coercive Federalism », *The annals of the american academy of political and social science* 1990-509, p. 139 s.

<sup>79</sup> Bon P., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *RFDA* 2016. 27. Sur les recherches françaises allant dans le même sens, v. les références citées in Saunier S., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *AJDA* 2015. 2426.

<sup>80</sup> « Branche de la science économique qui applique ses méthodes et ses cadres conceptuels à l'étude du droit ou des effets économiques des regels juridiques » (Kirat T., *Économie du droit*, La Découverte 1999, p. 3).

<sup>81</sup> Gunningham N. et a., « Smart Regulation », Clarendon Press 1998.

<sup>82</sup> Levin R. et Lubbers J., *Administrative Law and Process in a Nutshell*, West Academic 2016, p. 321.

pour s'assurer de la pertinence des règles adoptées dans des domaines techniques. *The Public Law 79-404* of June 11, 1946 (Stat. 237) sur l'*Administrative Procedure Act* (APA) préconise notamment à ce titre aux « *independent regulatory agencies* » d'éclairer l'usage de leur « *rule-making power* »<sup>83</sup> par le recours aux procédés de comitologie. L'expression s'entend de la « consultation systématique d'acteurs appartenant à des milieux hétérogènes en vue d'une construction en commun des problèmes et de leur solution », comme l'expliquent les Professeurs F. Ost et Michel van de Kerchove. Les *IRA* sont ainsi invitées à user des « *notice-and-comment procedures* », « *confer informally with affected interest groups* », « *hold public hearings* »<sup>84</sup> ou encore aux « *political consultation procedure and group consultation procedure* »<sup>85</sup> etc. Le droit français se distingue toutefois du droit américain en ce qu'il ne va, sauf exception, pas jusqu'à investir les AAI d'un véritable pouvoir réglementaire. Tandis qu'Outre-Atlantique il arrive au Congrès de confier aux agences une « *rulemaking authority* »<sup>86</sup> « *apply(ing) to a general class of persons or situation* »<sup>87</sup>, les agences de régulations françaises ne disposent généralement d'un tel pouvoir en droit interne que sous réserve « d'homologation ministérielle »<sup>88</sup>.

Le risque d'un tel mode d'édiction du droit est toutefois de conduire à un « mode d'élaboration lobbyiste de l'intérêt général »<sup>89</sup>. C'est pour certains la cause de choix stratégiques désastreux, davantage destinés à garantir des rentes de situations qu'à servir l'intérêt général (à l'image du ratage du virage des batteries Lithium dont la technologie a été développée au sein du CNRS dans les années 1990 et le brevet vendu pour un montant dérisoire à l'entreprise canadienne PHOSTECH<sup>90</sup>), ou du blocage de certaines réformes (comme le projet de remise en cause de la dualité Université / « Grandes écoles »<sup>91</sup>).

Pour conjurer ce risque, l'État stratège se rallie à l'idée qu'une bonne gouvernance suppose « une relation de confiance » qui n'est possible que si le processus d'adoption des décisions repose sur un « principe de transparence »<sup>92</sup>.

<sup>83</sup> Marique Y., « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ("QUANGOs") », in *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruylant/Eleven publishing 2007, p. 589 s.

<sup>84</sup> Levin R. et Lubbers J., *Administrative Law and Process in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 321.

<sup>85</sup> Lynn L. E., « Public administration theory : which side are you on ? », in *The state of public administration*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>86</sup> Levin R. et Lubbers J., *Administrative Law and Process in a Nutshell*, *op. cit.*, sp. p. 307.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 310.

<sup>88</sup> CE, *Rapport public 2001*, ECDE-52, p. 310.

<sup>89</sup> Bance P., « L'État stratège : État "réduit" ou "à capacité étendue" en régime de gouvernance multiniveaux », in *Quel modèle d'État stratège en France ?*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>90</sup> « Michel Armand l'inventeur déçu de la batterie lithium des Autolib », *France Inter* 5.10.2017.

<sup>91</sup> Sur cette question, v. Tiran A., « L'État stratège et la réforme des universités », in *Quel modèle d'État stratège en France ?*, *op. cit.*, p. 309 s.

<sup>92</sup> Pitsey J., « Le concept de gouvernance », *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010-2/65. 39-40.

## B. LA RECONNAISSANCE DES MÉRITES DE LA TRANSPARENCE

Comme le résume le Professeur Jean-François Kerléo, « la transparence symbolise la main invisible, *i.e.* la suppression de toutes les entraves au libre jeu du marché »<sup>93</sup> à laquelle le « *free marketplace of government* » américain est attaché. Si c'est pourquoi l'« *extensive transparency requirement* »<sup>94</sup> est un principe cardinal de ce dernier, l'État stratège s'en inspire pour se transformer en une « maison de verre » (1°) et lutter contre les conflits d'intérêts (2°).

### 1. TRANSFORMER L'ÉTAT EN UNE MAISON DE VERRE

Aux ÉU comme en France, la transparence est devenue un enjeu de croissance économique.

I. Au point de vue politique, le pouvoir exécutif est tenu de communiquer sur son programme tout au long du mandat. Tandis que la Constitution de 1787 permet au président américain de « recommander() » au Congrès « telles mesures qu'il estimera nécessaires et expédientes » (article II, section 3), la Constitution de 1958 confie au gouvernement français le soin de déterminer et de conduire la politique de la nation (art. 20), ce que fait en réalité le chef de l'État en période de concordance des majorités. Alors que la politique présidentielle est précisée chaque 20 janvier dans le discours sur l'État de l'Union aux ÉU (article II, section 3), le président Macron a inauguré une coutume constitutionnelle similaire : puisqu'il a profité de la faculté ouverte au chef de l'État depuis la révision constitutionnelle de 2008 de prononcer un discours non suivi de vote devant le Congrès du Parlement pour lui exposer annuellement sa politique au mois de juillet (art. 18 C.). L'État stratège semble toutefois aller plus loin sur ce point que le « *hidden state* » américain, dès lors que le cap tracé par les discours de politique général est appelé à être décliné dans tous les secteurs et à tous les niveaux par des textes aussi différents que les lois financières et de programmation (art. 34 C.) ; les lois de planification (la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 étant toujours en vigueur) ; ou encore les mesures d'ordre d'intérieur (circulaires, lignes directrices etc.). Alors qu'aux ÉU l'État fédéral n'a qu'une compétence d'attributions, circonscrite à certains secteurs jugés essentiels, l'État stratège a, lui, une compétence générale, seulement limitée par ses engagements internationaux ou européens. Ses capacités d'action sont d'autant plus larges que

---

<sup>93</sup> Kerléo J.-F., « La transparence administrative, ou le néolibéralisme technocratique français », in *Néolibéralisme et droit public, op. cit.*, p. 363.

<sup>94</sup> Kelemen R. D. et Sibbitt E. C., « The globalisation of American law », *International organizations* 2004-58. 103.

les domaines transférés à l'administration locale s'analysent encore aujourd'hui davantage comme des transferts de charges que de compétences, dès lors que seul le législateur est compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer « les principes fondamentaux la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » et que l'article 72 C. précise que les « collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences » « dans les conditions prévues par la loi ».

II. Au point de vue administratif, l'administration est en outre à chaque fois tenue de faire preuve de transparence dans deux domaines jugés sensibles.

En matière de marché public, tout d'abord. Car si le *Federal Acquisition Streamlining Act* of 1994 pose aux ÉU le principe du « *full and open competition* », des principes communs de la commande publique reviennent désormais à adopter la même solution en droit interne. Esquissés par la CJCE en 2000<sup>95</sup>, ils ont été repris par le Conseil constitutionnel en 2003<sup>96</sup> avant d'être précisés par le Conseil d'État. Or, celui-ci a considéré qu'il s'agissait des « principes de liberté d'accès (...), d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »<sup>97</sup>. Qualifiés de « règles impératives » par le Tribunal des conflits<sup>98</sup>, ces principes sont désormais inscrits dans les directives du 26 février 2014 et l'ordonnance du 29 janvier 2016<sup>99</sup>.

S'agissant de l'accès aux actes administratifs, ensuite, l'*Administrative Procedure Act* (APA) américain du 11 juin 1946 (tel que complété par le *Freedom Of Information Act* of 1966 et le *Privacy Act* of 1974 et codifié 5 USC § 552) et la loi française n° 78-753 du 17 juillet 1978 (désormais codifiée dans le Livre III du Code des relations entre le public et l'administration) ont en commun de contraindre l'administration à rendre en principe communicable d'office ou à la demande de tiers les documents à sa disposition (cf. 5 USC § 552 et L. 311-1 du CRPA). À chaque fois, l'administration peut en outre facturer le coût de la communication. À la différence de la législation américaine qui ne concerne que l'État fédéral (et non les États fédérés), la législation française s'impose toutefois à l'État, aux collectivités territoriales ainsi qu'à toutes les autres personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public (cf. 5 USC § 552 et art. L. 300-2 du CRPA). Tandis qu'aux ÉU

---

<sup>95</sup> CJCE 7.12.2000, *Telaustria*, Aff. C-324/98, R. 2000. 669, pt. 60 s. : cite les principes de non discrimination en raison de la nationalité et de transparence avant que la jurisprudence ultérieure n'y ajoute celui de l'égalité de traitement (CJCE 12.7.2005, *CONAME*, Aff. C-231/03, R. 2005. 487).

<sup>96</sup> CC 473 DC du 26.6.2003, R. 383, cs. 28.

<sup>97</sup> CE 23.12.2009, *AJDA* 2010. 500, note Dreyfus. Solution annoncée par CE 23.2.2005, *ATMMP*, *CP-ACCP* 2005-43. 8.

<sup>98</sup> TC 17.5.2010, Institut national de la santé et de la recherche, *RFDA* 2010. 959, concl. Guyomar.

<sup>99</sup> Cf. pour les concessions Dir. n° 2014/23 du 26.2.2014, Ord. n° 2016-65 du 29.1.2016 et D. n° 2016-86 du 1<sup>er</sup>.2.2016 et, pour les marchés publics, Dir. n° 2014/24 et 2014/25 du 26.2.2014 ; Ord. n° 2015-899 du 23.7.2015 et D. n° 2016-360 et n° 2016-361 du 25.3.2016.

les « *agencies* » ont 10 jours pour répondre, le délai est de deux mois en droit français (cf. 5 USC § 552 et art. R. 311-15 du CRPA). Alors qu'une décision de rejet doit en droit américain être contestée devant son auteur lui-même puis, le cas échéant, en justice, il est possible de saisir la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en droit interne (cf. 5 USC § et art. R. 311-15 du CRPA).

## 2. LUTTER CONTRE LA CORRUPTION ET LES CONFLITS D'INTERETS

La compétitivité des États dans le contexte de la mondialisation dépendant de leur capacité à respecter le libre jeu du marché, l'État stratège s'est inspiré de réformes mises en œuvre par le droit américain depuis les années 1980 pour, à la fois, responsabiliser les agents publics devant les élus et les préposés de l'administration devant les opérateurs économiques<sup>100</sup>.

I. D'un côté, un certain nombre de réformes tendent à faire en sorte que les agents ne soient pas un frein mais un atout dans la mise en œuvre de la politique arrêtée par le gouvernement et les élus locaux. Outre-Atlantique, le *Civil Service Reform Act* du 13 octobre 1978 a amorcé un vaste mouvement de déconcentration des procédures d'embauche, de façon à doter un nombre croissant de chefs de service d'une « *direct-hire authority* », avant que les réformes du statut de la Fonction publique n'en fasse de même en France. Amorcé en 1984, lors de l'adoption du statut de la fonction publiques territoriale (L. n° 84-53 du 26 janvier 1984), le mouvement a été poursuivi en 1986 lors du vote de la loi sur celui de la fonction publique hospitalière (L. n° 86-33 du 9 janvier 1986). Entre autres justifié par le principe de libre administration, il s'est traduit par la règle du reçu-collé qui veut que le Lauréat d'un concours en perde le bénéfice s'il ne parvient pas à se faire recruter au bout de 4 ans (3 à l'origine) ; le pouvoir discrétionnaire reconnu aux exécutifs locaux de pouvoir les emplois de cabinets ou fonctionnels etc. Pour donner son plein effet à la mesure, le nombre d'emplois « déclassifiés » soustraits aux règles du « *merit system* » – c'est-à-dire au recrutement après réussite à un test d'aptitude – s'est trouvé accru en droit américain, par l'extension progressive de leur liste à plus de la moitié des agents fédéraux dans les années 1990. Or, les cas de recrutement hors concours de fonctionnaires se sont de même trouvés multipliés en droit interne : comme la plupart des fonctionnaires titulaires de catégorie C, les agents

---

<sup>100</sup> Lynn L. E., « Public administration theory : which side are you on ? », in *The state of public administration*, Routledge 2015, p. 13 ; Calvès G., op. cit., p. 397.

contractuels sont dispensés d'épreuve pour entrer dans la fonction publique (cf. Dir. n° 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 et L. n° 2005-843 du 26 juillet 2005, n° 2007-209 du 19 février 2007 et n° 2012-347 du 12 mars 2012)<sup>101</sup>. Ce rapprochement ne va toutefois pas jusqu'à substituer purement et simplement le « *spoils system* » américain (où l'agent est recruté (et remercié) pour ses affinités politiques) au système méritocratique hérité de la Révolution française. Non seulement les agents contractuels doivent être recrutés « après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir » depuis l'adoption de la loi du n° 2016-483 du 20 avril 2016 (nouvel art. 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), mais les propositions destinées à étendre le *spoils system* américain aux plus hauts emplois publics n'ont abouti que pour les emplois fonctionnels de l'administration territoriale ou hospitalière et les emplois pourvus à la discrétion du gouvernement (décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 dont la liste n'est pas exhaustive).

II. D'un autre côté, l'américanisation du droit conduit l'État stratège à veiller à ce que les serveurs de l'État ne fassent pas, par leur action, le libre jeu du marché. Autant, en effet, l'apparition de scandales politico-financiers a conduit les États-Unis à diversifier les mécanismes destinés à lutter contre les conflits d'intérêts dans les années 1970, autant le droit français en a fait de même à partir des années 1990.

Tout comme le droit américain qui n'hésite pas à recourir à « *the use of the criminal law* » pour réprimer certains comportements anti-concurrentiels, le droit français pénalise depuis 1992 les « manquements au devoir de probité » commis par les préposés de l'administration (art. 432-12 s. C. Pén.). Contrairement au premier qui confie au juge pénal la sanction des atteintes aux lois *anti-trusts* (comme cela ressort des programmes de clémence mis en place par le *department of justice* fédéral pour réprimer les ententes illicites entre entreprises), le droit interne ne va toutefois pas jusqu'à lui confier la répression de toutes les pratiques anti-concurrentielles : puisque la connaissance des ententes ou abus de position dominantes relève en principe de l'Autorité de la concurrence sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris ou du Conseil d'État (selon que l'activité à l'origine de l'atteinte s'analyse comme une simple pratique ou un acte de puissance publique). Contrairement à ce qui se passe Outre-

---

<sup>101</sup> CE 10.12.1948, Lavaud, *R.* 467. La possibilité de recruter un agent public en CDI revient sur CE Sect. 27.10.1999, M. Bayeux, *R.* 335 ; 30.1.2012, Cousin, *R.* 243.

Atlantique, les investigations pénales ne sont de plus pas confiées à une autorité indépendante (l'*independent counsel* prévue par 28 USC §592) mais à la police judiciaire, sous le contrôle du parquet placé sous l'autorité du ministre de la justice (même si ce dernier ne peut plus intervenir dans les affaires en lui adressant des consignes individuelles, selon l'article 30 du Code de procédure pénale). Enfin, la procédure est inquisitoire en droit français alors qu'elle reste accusatoire aux ÉU<sup>102</sup>.

Tout comme le droit américain, le droit français recourt enfin désormais aux mécanismes déontologiques dans le domaine professionnel. Forgé par Jérémy Bentham (1748-1832) dans son ouvrage *Déontologie ou science de la morale* à partir des mots grecs « *déon* » (ce qui est convenable) et « *logos* » (connaissance), la déontologie rappelle la procédure disciplinaire traditionnelle du droit français en ce qu'elle est, selon *Le Littré*, la « science des devoirs » (sous-entendus professionnels). Mais elle s'en distingue dans la mesure où elle a une finalité davantage préventive que répressive : il s'agit à travers elle de permettre à chacun d'avoir conscience des règles éthiques qui s'imposent à lui dans l'exercice de ses fonctions, plus que de sanctionner les contrevenants. Or, si les États-Unis ont commencé à y recourir sur le fondement de la Section 101 de l'Ordre exécutif n° 12674 du 12 avril 1989 puis de l'*Ethic reform Act* du 30 novembre 1989 et de la partie 2635 des *Standards of ethical conduct for employees of the executive branch* arrêtée par le *US Office of Government Ethics* le 1<sup>er</sup> janvier 2002, le droit français s'y est pour sa part progressivement converti à partir de l'adoption de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dont les implications ont été confortées par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 et la loi du 20 avril 2016. Alors qu'aux États-Unis, l'administration fédérale emploie désormais des *Ethics officials* avec pour mission de former les agents publics au respect des règles professionnelles qui s'imposent à eux dans l'exercice de leur fonction et de les conseiller, le cas échéant, sur la marche à suivre face à une situation susceptible de les placer en position de conflit d'intérêts<sup>103</sup>, la réforme de 2016 met en place un mécanisme beaucoup plus complexe : pendant que la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est chargée d'apprécier l'existence d'éventuelles conflits d'intérêts lors de la prise de fonction d'un haut fonctionnaire, une Commission de déontologie est chargée

---

<sup>102</sup> Morissette Y.-M. « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *RIDC* 2013-3. 626.

<sup>103</sup> OCDE, *Trust in Government*, p. 323 ; John Rohr cité in Menzel D., « Ethics and integrity in public service : issues and challenges », in *The state of public administration, op. cit.*, p. 113.

d'apprécier ceux qui peuvent survenir en cas de création d'entreprise ou de « pantouflage » (départ de l'agent pour le secteur privé) tandis qu'un référent déontologue est chargé de conseiller n'importe quel agent pendant l'exercice de ses fonctions (nouveaux art. 25 s. de la loi du 13 juillet 1983). Cette complexité constitue une faiblesse du droit français par rapport au droit américain, tout comme l'absence de poids équivalent des syndicats « *as source of ethical standards* »<sup>104</sup> et le défaut de base constitutionnelle de ces mécanismes. Alors qu'aux ÉU « *the link between ethics and constitutional law is forged by the oath many civil servants take uphold the Constitution of the United States* »<sup>105</sup>, le « serment à la Constitution a fait les frais du dévoiement du » procédé « pendant le régime de Vichy et (...) n'est requis essentiellement que des juges constitutionnel, judiciaire et financier, et des policiers »<sup>106</sup>.

Si le ralliement de l'État stratège aux mérites de la transparence paraît ainsi moins abouti qu'aux ÉU, il semble par contre accorder plus d'importance aux vertus du long terme.

### C. LA CROYANCE EN LES VERTUS DU LONG TERME

Si les « *States have formulated and implemented long-term strategies in pursuit of their aims for millennia* »<sup>107</sup>, l'originalité de la mondialisation actuelle est d'amener les États à s'intéresser davantage aux conséquences économiques de leurs choix politico-juridiques sur la durée. Depuis les années 1990, la conversion des ÉU au « paradigme de la gestion publique entrepreneuriale »<sup>108</sup> les conduit en effet à faire davantage prévaloir l'obtention de résultats économiques sur le long terme sur le respect des règles et des procédures à brève échéance<sup>109</sup>.

Si, déjà en 1995, la circulaire Juppé affirmait que « pour être plus efficace », l'État stratège devait « échapper à la dictature du court terme »<sup>110</sup>, deux principes

---

<sup>104</sup> Haynes W. et Gazley B., « Professional associations and public administration : making a difference ? », in *The state of public administration, op. cit.*, p. 61.

<sup>105</sup> John Rohr cité in Menzel D. D., « Ethics and integrity in public service : issues and challenges », in *The state of public administration, op. cit.*, p. 113.

<sup>106</sup> La loi du 12 thermidor an VII engageait les membres de la fonction publique à dire « Je jure fidélité à la République et à la Constitution de l'an III », comme le rappelle Taillefait A., « Constitution et fonction publique », *Nouveaux cahiers du CC* 2012-37.

<sup>107</sup> Mahnken G. T., « Thinking about competitive strategies », in *Competitive strategies for the 21st Century*, Standfor Univesity Press 2012, p. 7-8.

<sup>108</sup> OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique*, OCDE 2002, p. 286.

<sup>109</sup> US National performance review, *From red tape to results : creating a government that works better and costs less*, GPO 1993, p. 6-7.

<sup>110</sup> Circulaire Juppé préc.

considérés aux ÉU comme « *essential for capitalism and liberalism* »<sup>111</sup> sont désormais mobilisés en droit interne pour favoriser son efficacité dans la durée. Tandis que le premier vise à garantir la sécurité juridique (1<sup>o</sup>) le second est encore plus ambitieux, dans la mesure où il vise la « prédictivité juridique » des décisions étatiques (2<sup>o</sup>).

#### I. LA SECURITE JURIDIQUE COMME PRINCIPE D'EFFICIENCE ECONOMIQUE

L'État stratège semble avoir repris de la tradition juridique américaine l'idée que la sécurité juridique était un atout compétitif dans la guerre des droits à laquelle conduit la mondialisation, même s'il a pris soin de veiller à ce que sa transposition ménage une certaine marge de manœuvre aux autorités politico-administratives.

I. Dans la tradition américaine, le « *legal certainty* » (ou « *legal security* », *ie* : la sécurité juridique) est « un principe d'efficacité économique »<sup>112</sup>, dont l'intérêt est de « contribue(r) à la réduction des coûts de transactions »<sup>113</sup>, dès lors que les acteurs du marché sont familiers de la règle à mettre en œuvre.

D'une part, cela implique que « *the law (has to) be framed in clear and unambiguous language* »<sup>114</sup>. Or, le juge constitutionnel français affirme désormais l'existence d'un principe de clarté<sup>115</sup> et d'un objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>116</sup>, sans toutefois reconnaître valeur constitutionnelle au principe de sécurité juridique lui-même (alors que la Cour de cassation<sup>117</sup>, le Conseil d'État<sup>118</sup> ou la CJUE<sup>119</sup> lui reconnaissent rang de PGD dans leur ordre juridique respectif). Cette solution permet notamment de préserver la possibilité des autorités de remettre les « situations existantes (...) en cause » lorsque « ces situations auraient été illégalement acquises » ou que cette remise en cause « serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif » d'intérêt

<sup>111</sup> Raban O., « The fallacy of legal certainty: why vague legal standards may be better for capitalism and liberalism », *Boston University Public Interest Law Journal*, 2010-19/175.

<sup>112</sup> Portuese A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Publibook 2014, p. 188.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 184.

<sup>114</sup> Raban O., « The fallacy of legal certainty: why vague legal standards may be better for capitalism and liberalism », *loc. cit.*

<sup>115</sup> CC 401 DC du 10.6.1998, R. 258, cs. 7.

<sup>116</sup> CC 421 DC du 16.12.1999, R. 136, cs. 13.

<sup>117</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6.12.2005, *Bull. civ.* n° 475.

<sup>118</sup> CE Ass. 24.3.2006, Sct KPMG. Revient sur CE 9.5.2001, *Entreprise Transports Freymuth* : qui affirmait le caractère inopérant de l'invocation du principe de confiance légitime en-dehors du champs d'application du droit communautaire.

<sup>119</sup> CJCE 27.12.1963, *Lemmerz-Wercke GmbH c/ Haute Autorité CEC*, R. 851 : sécurité juridique ; CJCE 16.5.1979, *Ditta Angelo Tomadini Snc c/ Amministrazione delle finanze dello Stato*, R. 1801 : confiance légitime.

général « poursuivi »<sup>120</sup>. Cette non consécration intégrale du principe de sécurité juridique rend notamment possible la transformation des services publics fondés sur le principe d'adaptabilité dont la valeur reste infra législative et supra constitutionnelle en l'état actuel de la jurisprudence<sup>121</sup>. La spécificité de la conception française de l'impératif de sécurité juridique tient ainsi à ce qu'elle admet plus largement les atteintes aux situations légalement acquises que le droit américain, même si elle s'efforce comme lui de les préserver.

D'autre part, le modèle américain a contribué à encadrer davantage les modifications de l'état du droit par l'élaboration d'un droit transitoire législatif et constitutionnel. Sans doute cet aspect du principe de sécurité juridique n'était-il pas totalement inconnu du droit interne : dès 1967, le commissaire du gouvernement Fournier invitait les autorités françaises à ne pas « décourager, par des improvisations suivies de voltefaces, la confiance que peuvent placer en elle(s) les particuliers et les entreprises »<sup>122</sup>. Mais l'américanisation du droit a joué un rôle (avec le droit européen et allemand), à partir des années 2000, dans le renforcement des conséquences juridiques attachées à ce principe, notamment en encourageant les juridictions à moduler dans le temps les effets de leurs revirements jurisprudentiels.

L'influence du droit américain est particulièrement visible sur ce point, puisque la « *stare decisis* », la règle du précédent, postule notamment que « *the settled practices and expectations of a democratic society should generally not be disturbed by the courts* »<sup>123</sup>, comme l'expliquait le juge Scalia. Ce qui conduit les juridictions à pratiquer le « *prospective overrulings* »<sup>124</sup> pour « *“delayed” prospective effect so that the ruling will not take effect until a future date* »<sup>125</sup>. Or, les juridictions suprêmes ordinaires se sont accordé le pouvoir de moduler les effets de leurs propres revirements jurisprudentiels après que le rapport Molfessis a pointé les avantages de cette évolution. Opérée par la Cour de cassation et le Conseil d'État, elle a implicitement été entérinée par le constituant

<sup>120</sup> CC 181 DC du 11.10.1984, R. 78, cs. 48 ; CC 530 DC du 29.12.2005, R. 168, cs. 45.

<sup>121</sup> Qui lui reconnaît rang de PGD infra-législatif et supra-décrétal (CE 10.1.1902, Cie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen, S. 1902.3.17, note Hauriou).

<sup>122</sup> Concl. Fournier, sur CE 3.3.1967, Min. de la Construction c/ Sct Behr Manning et a.

<sup>123</sup> Juge Scalia à propos de US SC 501 US 808. Cité in Portuese A., *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, op. cit., p. 186.

<sup>124</sup> US SC 5.12.1932, *Great Northern Railway Co vs Sunburst Oil & Refining Co*, 287 S. Ct 358. Sur cette question, v. Mouly C., « Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, DF 1994, p. 139 s. ; Muir Watt H., « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common Law », in *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, mardi 30 novembre 2004*, Litec 2005, pp. 53-71 ; Dieu F., « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2006. 2428. Dans le même ordre d'idée, on peut relever que les cours constitutionnelles autrichienne, allemande, italienne et portugaise limitent parfois la rétroactivité de leurs déclarations d'inconstitutionnalité (Dubos O. et Melleray F., « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *DA* 2004, chron. n° 15).

<sup>125</sup> Wall J. R. N., *Prospective overruling – it's about time*, Dissertation University of Otago 2007, p. 27.

qui l'a étendu au Conseil constitutionnel, à l'occasion de la révision de 2008 (nouvelle rédaction de l'article 62 C.). Le droit français semble toutefois sur ce point plus accessible que le droit américain, où « *the proper occasions for issuing exclusively or partially prospective judgments have varied over time* » et où « *there are still substantial differences in approach according to the particular jurisdiction and the kind of law under consideration* »<sup>126</sup>. On peut en outre se demander si le droit français ne va pas plus loin que le droit américain en faisant de la modulation dans le temps la règle et de la rétroactivité l'exception, là où le droit américain tend inversement à faire de la rétroactivité la règle et de la modulation dans le temps l'exception, au moins au niveau des États fédérés<sup>127</sup>.

## 2. LA PREDICTIVITE JURIDIQUE COMME NOUVELLE ARME COMPETITIVE

Aux ÉU, la « *legal certainty* » se double désormais de la « *legal predictability* » dont l'intérêt économique a parfaitement été résumé par Friedrich Hayek: « *The law tells (the individual) what facts he may count on* », avait-il relevé, « *and thereby extends the range within which he can predict the consequences of his actions* »<sup>128</sup>. Outre par le développement d'outils de prospective juridique, cette évolution se traduit en droit américain par la construction d'un cadre juridique applicable aux « *legal tech* ». Or, ces deux aspects de la prédictivité se retrouvent en droit interne.

I. L'État stratège s'est en effet doté de nouveaux outils de prospective juridique. Si, depuis longtemps, il est admis que « gouverner, c'est prévoir » (Émile de Girardin), certaines études ont, dès les années 1960, préconisé aux États-Unis de repenser l'examen des politiques publiques, en doublant leur contrôle de procédés plus performants d'évaluation<sup>129</sup>. Alors que le contrôle examine la validité des décisions prises, l'évaluation sert à apprécier leur opportunité à court et long terme<sup>130</sup>. Tandis que le premier vise à apprécier la conformité d'une norme avec celles qui lui sont supérieures, la seconde cherche à confronter les effets qui en étaient attendus *ex ante* avec ceux qui se sont réalisés *ex post*, pour améliorer leur efficacité et leur efficacité<sup>131</sup>. Le recours à l'évaluation s'est ainsi développé en matière budgétaire (« *Planning-*

---

<sup>126</sup> Kays R. S., « Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law », *Faculty Articles and Papers* 2014-287. 37.

<sup>127</sup> *Id.*, p. 45.

<sup>128</sup> Hayek F., *The constitution of liberty*, UCP 1960, p. 57.

<sup>129</sup> Fischer D. W. et Keith R. F., « Assessing the development decision-making process », *The American Journal of economics and sociology* 1977-36/1. V. aussi Lacouette-Fougère C. et Lascoumes P., « L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? », *RFAP* 013/4-148. 862.

<sup>130</sup> OECD, *Guidance on Sustainability Impact Assessment*, OECD 2010, p. 1.

<sup>131</sup> *Id.*, p. 6.

*Programming- Budgeting- System* » (PPBS)), environnementale (« *environmental assesment* » ou « *environmental impact and benefit analysis* ») et économique (« *risk-assesments* ») sous forme d'une « *cost-benefif analysis* »<sup>132</sup>. Parallèlement, l'*Executive Order* 12866 du 30 septembre 1993 a invité les agences fédérales à soumettre à l'*Office of management and budget (OMB)* leurs projets de réglementations, afin qu'il les confronte avec les règles adoptées et leur suggère certaines améliorations. Concrètement, cette évaluation s'est traduite par une multiplication d'indicateurs, d'objectifs quantifiés, et autres tableaux de bord permettant le suivi des actions et de leur réalisation... Or, l'État stratège semble s'être converti à « l'évaluation systématique » des résultats avec l'adoption de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001, relative aux lois de finances (LOLF) et de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales. Si le droit français a ainsi bel et bien enrichi son arsenal juridique de façon à bénéficier de mécanismes lui permettant de davantage prévoir ce que requiert l'intérêt général sur le long terme (qui correspond à l'horizon des 5 prochaines années en économie), on peut toutefois se demander s'il ne va pas désormais plus loin que le droit américain, dans la mesure où ces nouveaux outils s'ajoutent à ceux qui existaient déjà. Ils complètent les mécanismes comme le plan qui a toujours été présenté comme « une ardente obligation » (Charles de Gaulle) en droit interne, même s'il ne subsiste plus sous la même forme qu'après-guerre. Car il a justement été renouvelé pour devenir un outil de prospective, permettant notamment d'orienter l'action des grandes entreprises publiques (comme le montre le contrat quadriennal conclu avec La Poste) ou des administrations locales (via les schémas régionaux d'intelligence économique arrêtés par les préfets de département ou les schémas régionaux de développement économique, d'internationalisation et d'innovation (SRDEII du conseil régional). De sorte, pour certains économistes, que la « capacité de l'État français à faire de la stratégie dans le domaine économique et à dessiner une politique industrielle est sans égale dans le monde anglo-saxon et même dans la portion la plus francophone de celui-ci »<sup>133</sup>.

II. L'influence du droit américain se ressent également s'agissant du cadre juridique des « *legaltechs* ». L'expression renvoie à des *start-up* apparues aux États-Unis pour rendre la justice prédictive : elles ont développé des algorithmes permettant d'exploiter les méga-données d'Internet afin d'anticiper la solution de courts de justice à propos d'un problème juridique donné<sup>134</sup>. Or, cette technologie est à l'origine d'une nouvelle branche du droit, baptisée

<sup>132</sup> Morison A. B. et a., *Fundamentals of american law*, New York University School of Law 1996, p. 502 s.

<sup>133</sup> Bernier L. et Hafsi T., *op. cit.*, p. 173.

<sup>134</sup> Sur cette question, v. Defferrard F. et Papineau C., « Le pouvoir de *jurisdictio* des algorithmes aux États-Unis : entre fantasme et réalité jurisprudentielle », *D. IP/IT* 2017. 668 et les références. V. aussi Remus D. et Levy F., « Can Robots be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law », *document ssrn*, 27/11/2016.

« *computational law* »<sup>135</sup> outre-Atlantique, qui commence à se développer en droit interne sous le terme de droit computationnel<sup>136</sup>. Cette technologie est au cœur des débats sur la justice prédictive<sup>137</sup> dont le cadre juridique, en cours d'élaboration<sup>138</sup>, s'inspire directement des retours d'expérience américains dans le but avoué de combler les retards de la « compétitivité »<sup>139</sup> française en la matière. Même s'il est aujourd'hui difficile d'anticiper sur les arbitrages à venir des autorités françaises, la question se pose déjà de savoir si le droit interne s'alignera purement et simplement sur le droit américain sur la question de l'anonymisation du nom des magistrats à l'origine de la décision, ou sur le pouvoir reconnu aux parties ou aux autorités de s'opposer totalement ou partiellement à sa publication, pour des motifs d'intérêt général<sup>140</sup> (sachant que plus des informations restent confidentielles, moins les algorithmes sont fiables).

Tout ce qui précède montre que l'État stratège s'est grandement construit par rapport au modèle américain depuis le tournant des années 1980. Même si la réception des solutions empruntées outre-Atlantique s'est toujours faite sous réserve d'adaptations, il s'est rallié aux vertus de la gouvernance, de la transparence et du long terme pour conserver sa compétitivité dans le contexte de la mondialisation. Le même objectif le conduit toutefois à ne pas abattre toutes ses cartes, par le jeu de nouvelles transpositions-adaptations en partie inspirées du droit américain.

## II. L'HYBRIDATION DU DROIT INTERNE COMME INSTRUMENT DE LA DÉFENSE DES INTÉRÊTS NATIONAUX

Comme l'« *hidden state* » américain, l'État stratège sait qu'en bon stratège il ne doit pas abattre toutes ses cartes. Il cherche ainsi à consolider ses atouts, en capitalisant l'héritage du passé (A) et en restant en contrôle de son économie (B), quitte pour se faire à cultiver le goût du secret (C).

---

<sup>135</sup> Genesereth M., *Computational Law : the cop in the backseat*, White Paper, CodeX-The Stanford Center for Legal Informatics, 2015.

<sup>136</sup> Forgé par la Commission de Bruxelles : Communiqué, *Évènements Computational law : a brigade towards the business rules*, 11 avr. 2011.

<sup>137</sup> Rouvière F., « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD civ.* 2017. 527 ; Dondero B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017. 532 ; Garapon A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017-12.

<sup>138</sup> V. par ex. Bas P., « Proposition de loi d'orientation et de programmation des crédits de la justice », *Doc. S.* 2017-641.

<sup>139</sup> Cadiet L. (dir.), *Rapport de la mission d'étude et de préfiguration de l'ouverture au public des décisions de justice, L'open data des décisions de justice, remis à la Garde des sceaux, ministre de la justice en novembre*, Ministère de la justice 2017, p. 45.

<sup>140</sup> *Id.*, p. 12.

## A. CAPITALISER L'HÉRITAGE DU PASSÉ

Si les politistes ont montré que l'organisation institutionnelle d'un État le plaçait sur un « *path dependancy* »<sup>141</sup> limitant ses capacités à se réformer en les orientant dans un sens déterminé, l'État stratège semble décidé à capitaliser sur son héritage passé, en se démarquant à deux égards de l'orientation prise par le modèle américain. Outre qu'il privilégie le droit écrit à la casuistique juridique (1°), il continue de préférer les catégories rationnelles au cas par cas (2°).

### 1. LE DROIT ECRIT PLUTOT QUE LA CASUISTIQUE JURIDIQUE

Dans leur ouvrage *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*<sup>142</sup>, J.-F. Gaudreault-Desbiens, E. Mackaay, B. Moore et S. Rousseau ont bien montré combien la tradition américaine de la *common law* avait subi l'influence de la tradition romano-germanique dans laquelle s'inscrit le droit français.

Au XXe siècle, l'« *American exceptionalism* »<sup>143</sup> faisait que, hormis certaines « parcelles de leur territoire » – comme « la Louisiane »<sup>144</sup> –, la règle du précédent – lancée par « les Normands (...) en 1066 »<sup>145</sup> ! – était prédominante sur le droit écrit, en raison du caractère essentiellement jurisprudentiel (« *stare decisis* ») des règles applicables. Un siècle plus tard, force est non seulement de constater que les « *statute laws* » et « *regulations* » – les règles législatives et réglementaires – sont devenues les principales sources du droit américain<sup>146</sup>, mais que ce dernier a entrepris, à partir de 1874, de codifier son cadre juridique : comme cela ressort de la création de l'*United States Code* au niveau fédéral et des *Uniform codes* adoptés par tous les États fédérés, en matière commerciale (*Uniform commercial code*), de justice militaire (*Uniform code of military justice*), qui y sont parfois intégrés<sup>147</sup>. Le temps est ainsi loin où Tocqueville pouvait écrire que « les légistes américains (...) s'opposent de toutes leurs forces à la codification »<sup>148</sup>.

---

<sup>141</sup> Kay A., « The Dynamics of Public Policy: Theory and Evidence », *op. cit.*, p. 29 s.

<sup>142</sup> Gaudreault-Desbiens J.-F. et a. (dir.), *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Thémis 2009.

<sup>143</sup> Morissette Y.-M. « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *RIDC* 2013-3. 623.

<sup>144</sup> *Id.*.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Von Mehren A. T. et Murray P. L., *Law in the United States*, CUP 2007, p. 47.

<sup>147</sup> Sur cette question, v. Azimi V., « Scolies autour du Code des relations entre le public et l'administration », in *Lectures critiques du Code des relations entre le public et l'administration*, LGDJ/Lextenso 2018, p. 17 s.

<sup>148</sup> *Journey to America*, YUP 1960.

Si ce phénomène a pu encourager l'État stratège à poursuivre l'œuvre de codification du droit français, celle-ci apparaît plus aboutie en matière économique qu'aux États-Unis où la « *common law is dominant (...) in the areas of tort and personal injury law, contract law and certain overlapping areas such as promissory estoppel* »<sup>149</sup>.

Le droit français continue en outre de préférer les catégories rationnelles au cas par cas.

## 2. DES CATEGORIES RATIONNELLES PLUTOT QUE DU CAS PAR CAS

« En chargeant le trait (...) on peut dire », avec Y.-M. Morisette, « de la *common law* qu'elle est allergique aux abstractions, aux idées générales et aux théories totalisantes ; elle préfère en toute chose la spécificité circonstanciée du cas particulier (tout ou presque devenant cas d'espèce), la solution pragmatique et opportune du problème précis à résoudre »<sup>150</sup>. Ce qui explique qu'il y ait autant de structures différentes pour administrer le territoire ou mettre en œuvre l'action publique dans les domaines de compétences relevant des États fédérés. Au contraire, l'État stratège reste fidèle à l'héritage cartésien, dans le sens où il sécurise l'action des autorités locales, en précisant au niveau législatif leur organisation et leurs moyens d'actions. Ce qui se vérifie à deux égards.

I. D'une part, dans la façon dont l'État stratège met en œuvre le phénomène métropolitain. Pour certains spécialistes, les États-Unis se présentent comme la somme de 21 mégapoles autour desquelles s'organisent toute la vie économique du pays<sup>151</sup>, du fait notamment de l'existence de « *cluster* » (grappes d'entreprises) sur leurs territoires<sup>152</sup>. Or, depuis 2010, l'État stratège s'efforce de réorganiser ses institutions administratives autour de 21 métropoles (22 en 2019) destinées à jouer un rôle de « locomotives pour le développement économique des territoires », notamment en co-pilotant en leur sein ou autour d'elles la création de grappes d'entreprises à la française : les pôles de compétitivité dont l'existence est prévue par la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005. Ce qui constitue « un tournant dans le discours public sur la géographie économique », comme le relève G. Duranton et ses collègues : « alors que l'objectif majeur de la politique d'aménagement du territoire était d'éviter la concentration des activités sur quelques régions riches et d'aider des

---

<sup>149</sup> Von Mehren A. T. et Murray P. L., *Law in the United States*, CUP 2007, p. 47. Dans le même sens, v. Klass G., *Contract law in the USA*, Wolters Kluwer 2010.

<sup>150</sup> Morisette Y.-M. « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *loc. cit.*, p. 631.

<sup>151</sup> Ternier L.-N. et a., *Métropoles des Amériques en mutation*, PUQ 2012, p. 76.

<sup>152</sup> Sur ce sujet, v. CRS, « Small Business Management and Technical Assistance Training Programs », *Report R41352*.

territoires en déclin, la politique » actuelle « part de l'idée qu'il faut encourager le regroupement d'activités économiques et de recherche d'un même secteur sur un territoire donné, afin d'améliorer la productivité des entreprises (...). D'un objectif affiché d'équité on est passé à un objectif d'efficacité »<sup>153</sup>. Conformément à cette nouvelle approche, les 15 métropoles qui existaient en juillet 2016 représentaient 39 % de la population totale, 43 % de l'emploi national, 51 % du produit intérieur brut (PIB) et 70 % des demandes de brevets, selon les chiffres donnés par le Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET)<sup>154</sup>. 67 pôles de compétitivité étaient en outre recensés dans leurs environs en octobre 2017. Deux limites existent toutefois à ce rapprochement. Outre que le seuil minimal de population des métropoles françaises est de 400 000 habitants contre 2 millions pour leurs homologues américaines<sup>155</sup>, ces dernières ne bénéficient pas d'un statut homogène au contraire de leur pendant français. 19 des 22 métropoles annoncées dans l'ordre interne sont soumises au statut commun dont les règles sont codifiées aux articles L. 5217-1 s. du CGCT. Quant aux deux dernières, certains spécialistes, comme le Professeur Jean-Marie Pontier, s'interrogent sur le point de savoir si leurs spécificités n'est pas plus terminologique que conceptuelle, s'agissant de leurs compétences.

II. D'autre part, un constat identique peut-être fait s'agissant des entreprises publiques pouvant être créées au niveau infra-étatique. De même que les États fédérés américains peuvent créer des « *Subnational public enterprises* »<sup>156</sup> (ou *local public firms, enterprises, companies* ou *corporations*) pour mener à bien leurs politiques, de même les autorités locales françaises sont habilitées à recourir à des entreprises publiques locales. Tout comme il existe des entreprises publiques « *at every level of government – federal, regional, state, county and city* »<sup>157</sup> aux États-Unis, les différents niveaux d'administration français peuvent s'en doter en droit interne. De même qu'aux États-Unis de telles entités sont utilisés pour « *construct and operate bridges, tunnels, parkways, dams, airport, public buildings, housing, sport, stadia, civic centers and industrial parks and provide a wide variety of services including water, gas, electric power, transportation, training, insurance, and various form of assistance to business and industries* »<sup>158</sup>, de même les administrations locales françaises s'en servent généralement pour aménager l'espace de leur territoire ou délivrer les services publics industriels et commerciaux des ports, aéroports, abattoirs, le chauffage urbain, des parcs de stationnement, des remontées mécaniques, des transports

---

<sup>153</sup> Duranton G. et a., *Les pôles de compétitivité : que peut-on en attendre ?*, éd. rue d'Ulm 2008, p. 7.

<sup>154</sup> CGET, *Pacte état-métropoles*, CGET juillet 2016, p. 1 s.

<sup>155</sup> Ternier L.-N. et a., *op. cit.*

<sup>156</sup> Seidman H., « Public enterprises in the United States », *Annals of Public and Cooperative Economics* 2007-54. 3.

<sup>157</sup> *Id.*

<sup>158</sup> *Ibid.*

collectifs, de la distribution et de l'assainissement des eaux etc. dont elles ont la charge. Sous réserve de certains standards concernant l'actionnariat ou la gouvernance fixés au niveau fédéral par les « securities law » (*Securities Act of 1933 et 1934*) et le *Government Corporation Control Act of 1945* toutefois, la forme des entreprises « falls under state jurisdiction »<sup>159</sup> en droit américain. De sorte qu'elles y ont autant de statuts différents qu'il y a de traditions juridiques et d'interprétations jurisprudentielles dans les États fédérés<sup>160</sup>. Pour cette raison, « it is difficult to ascertain the precise number of public enterprises »<sup>161</sup> et « the classification of federally chartered corporations have been bedevilled by their diversity »<sup>162</sup>. Inversement, le pouvoir central français a pris soin d'encadrer cette faculté en précisant les formes juridiques des entreprises publiques locales. Outre celle d'un ÉPIC, elles peuvent se concrétiser par des créations de sociétés 100% publiques (sociétés publiques locales (SPL)<sup>163</sup>, sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)<sup>164</sup>, sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLAIN)<sup>165</sup> ou sociétés publiques de financement<sup>166</sup>) ou des sociétés d'économies mixtes (locales (SEML)<sup>167</sup>, à opération unique (SEMOU)<sup>168</sup> ou d'aménagement à opérations unique (SEMAOU)<sup>169</sup>) dont les statistiques sont en partie tenues par la fédération des entreprises publiques locales qui évalue le nombre des sociétés locales à 1 254 pour un chiffre d'affaires de 13,4 milliards d'euros<sup>170</sup>. Ce qui dénote une certaine obsession du contrôle de la part de l'État stratège.

## B. MAINTENIR UN CONTRÔLE DES ACTIVITÉS

En grec, le « *Strategos* » est le chef d'armée. Or, l'image du chef rend bien compte d'une caractéristique de l'État stratège qui est de rester en contrôle. Sans doute ne dirige-t-il plus l'économie comme au temps de l'économie administrée, dans le sens où ce n'est plus lui qui impulse la politique industrielle. Il ne fait, comme on l'a dit, qu'accompagner ou soutenir des évolutions naissantes ou déjà existantes, émanant de la société civile. Mais il se rapproche à certains égards de

<sup>159</sup> Bartos J. M., *United States Securities Law*, Kluwer Law International 2006, p. 195.

<sup>160</sup> Seidman H., *loc. cit.*, p. 10.

<sup>161</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>162</sup> Musolf D. M., *Uncle Sam's private profitseeking corporations*, Lexington Books 1983, p. 7. Dans le même sens, v. Seidman H., *loc. cit.*, p. 4 et National academy of public administration, *Report on government corporations*, Vol. I, Washington, D. C., August 1981, p. 23.

<sup>163</sup> Art. L. 1531-1 du CGCT.

<sup>164</sup> Art. L. 327-1 du Code de l'urbanisme.

<sup>165</sup> *Id.*

<sup>166</sup> Art. L. 1611-3-2 du CGCT.

<sup>167</sup> Art. L. 1521-1 du CGCT.

<sup>168</sup> Art. L. 1541-1 du CGCT.

<sup>169</sup> Art. L. 32-10-1 du Code de l'urbanisme.

<sup>170</sup> V. leur site <http://www.lesepl.fr/>.

l'« *hidden state* » américain en ce qu'il contrôle la structure du marché dans l'ordre interne (1°) et garde la maîtrise d'un certain nombre d'acteurs publics (2°).

#### 1. LE CONTROLE DE LA STRUCTURE DU MARCHE DANS L'ORDRE INTERNE

« L'État stratège » s'efforce de contrôler la structure de son marché national selon des mécanismes parfois empruntés à l'« *hidden State* » américain, tantôt au nom de la sécurité nationale, tantôt au nom du bon fonctionnement du marché.

I. La première préoccupation conduit les deux États à contrôler les investissements étrangers réalisés sur leur territoire. En droit américain, la « *section 721 to the Defense Production Act of 1950* » a créé, sous l'administration Carter, un *Committee on Foreign Investment in the United States* (CIFIUS). Placé sous l'autorité du département du Trésor américain, ce comité est chargé de contrôler les investissements étrangers effectués dans des entreprises américaines au regard du danger qu'ils peuvent représenter pour la sécurité nationale. En droit français, l'article L. 151-3 du Code monétaire et financier – qui reprend en substance les solutions arrêtées sous l'empire de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966, relative aux relations financières avec l'étranger –, soumet, plus généralement, à autorisation préalable la réalisation de ceux qui participent « à l'exercice de l'autorité publique ou relèvent des activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale » ou des « activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives ». De même que le protectionnisme américain s'est notamment manifesté dans l'opposition du CIFIUS au rachat d'Unocal par l'entreprise publique chinoise CNOOC<sup>171</sup>, de même le protectionnisme français a été illustré par le décret n° 2017-1196 du 27 juillet 2017 prévoyant le rachat (finalement abandonné) pour 80 millions d'euros des actions des chantiers de Saint Nazaire, afin, là encore, d'empêcher un éventuel transfert de savoir-faire français en Chine. Mais alors que le droit américain permet au président de se saisir d'office de la question pour suspendre ou interdire une transaction, le droit français affirme qu'« est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle qui réalise directement ou indirectement un investissement étranger » sans autorisation préalable (art. L. 151-4). L'article R. 153-7 du même code ouvre de ce fait aux opérateurs la possibilité de saisir par écrit le ministre « aux fins de savoir si (un) investissement est soumis à (...) autorisation » préalable, tout en précisant que « l'absence de réponse » dans le délai de deux mois « ne vaut pas dispense de demande

<sup>171</sup> « CNOOC withdraws bid for Unocal, citing politics », *Oil & Gas Journal* 8.8.2005.

d'autorisation ». Tandis qu'en droit américain le président agit sous le contrôle du Congrès qui doit être tenu informé des décisions prises par le *CIFIUS*, le ministre de l'économie agit sous le contrôle de la juridiction administrative devant qui peut être formé un recours de plein contentieux (art. L. 151-3). Alors que le *CIFIUS* a une compétence générale, le droit français édicte en outre des règles spécifiques s'agissant de l'entrée ou de la sortie d'activités du secteur public. Celles-ci sont issues de l'Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique. Non content de confier à une Commission des participations des transferts le soin d'opérer le contrôle patrimonial des opérations, ce texte reprend la possibilité constitutionnelle<sup>172</sup> (et conventionnelle<sup>173</sup>) de créer pour un temps déterminé des « actions spécifiques » (ou *Golden share*) permettant à l'État d'avoir un pouvoir de blocage au Conseil d'administration de l'entreprise privatisée.

II. L'État stratège s'est également inspiré du droit américain pour assurer le bon fonctionnement de son marché domestique. Si l'ordonnance n° 86-243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, relatives à la liberté des prix, a eu pour objectif d'aligner le droit interne sur le droit communautaire de la concurrence, il ne faut pas oublier que ce dernier est lui-même directement inspiré des lois « *anti-trust* » américaines<sup>174</sup>. Or, des années 1890 jusqu'à l'élection de Donald Trump, l'interprétation qui en a été donnée a oscillé entre deux préoccupations<sup>175</sup> qui se retrouvent en droit interne. Celles-ci visent tout autant à garantir le libre jeu de la concurrence que l'existence de concurrents.

En premier lieu, le droit français est désormais attaché à assurer une protection accrue des PME<sup>176</sup>, de façon à garantir l'existence de concurrents sur le marché, comme le fait le droit américain. Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, ce dernier a affirmé la nécessité de discriminations positives en faveur de ces entreprises<sup>177</sup>, sous l'influence notamment des idées keynésiennes et du *New Deal*<sup>178</sup>. Des *Sherman anti-trust Act* du 2 juillet 1890<sup>179</sup> et *Clayton anti-trust Act* du 15 octobre 1914 (luttant contre les ententes des grandes entreprises américaines, spécialement dans le domaine du pétrole) en passant par le « *Small is beautiful* »

---

<sup>172</sup> CC 254 DC du 4.4.1989, R. 41, cs. 21 ; 543 DC du 30.11.2006, R. 120 cs. 34.

<sup>173</sup> CJCE 4.6.2002, Comm. c/ France, Aff. C-483/99 ; 28.9.2006, Comm. c/ Pays-Bas, DA 2006. 30.

<sup>174</sup> Melandri P., *Les États-Unis face à l'unification de l'Europe*, Pedone 1980, sp. p. 281 et 312-313.

<sup>175</sup> Sur cette question, v. Roda J.-C., « Le traitement des petites et moyennes entreprises par le droit américain de la concurrence », in Bazex M. et a., *Les PME et le droit de la concurrence*, op. cit., p. 111 s.

<sup>176</sup> Entendues comme les entreprises de 250 ou 500 employés selon les textes.

<sup>177</sup> Sur cette question v., US Small Business administration, *The small business economy : a report to the president*, GPO 2009.

<sup>178</sup> Souty F., op. cit., p. 5.

<sup>179</sup> Qualifié de « constitution économique des États-Unis » par le juge Learned Hand dans l'arrêt *Alcoa* de 1945 (*United States vs Aluminium Co of Am.*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945) cité in Roda M., op. cit., p. 118).

programme du *New Deal* dérivé des idées de Leopold Kohr<sup>180</sup> jusqu'au *Small business Act (SBA)* du 30 juillet 1953, plusieurs textes témoignent de ce choix politique. Ce dernier texte est notamment à l'origine des *Small Business Set Aside programs (SBSA)* destinés jouer le rôle de « *powerful tool for helping small businesses compete for and win federal contracts* »<sup>181</sup>. Or, le droit français<sup>182</sup> semble s'en être inspiré pour édicter, à la faveur d'une évolution du droit de l'UE<sup>183</sup>, un certain nombre de règles favorables aux PME. Comme le relevait un rapport remis au Congrès américain, « *the European Commission was very aware of the United States' Small Business Act, (...) (SBA)* »<sup>184</sup>. C'est donc en partie sur leur base que la Commission européenne a édicté « *10 "guiding principles" to promote the growth of small- and medium-sized enterprises (SMEs) in Europe* ». Le rapport précité insistait toutefois sur le caractère relatif de cette transposition, ne serait-ce que parce que les droits américain et français ne retiennent pas la même définition des entreprises éligibles à ces dispositifs. Aux ÉU, « *the SBA (...) has 16 receipt based industry size standards in effect, ranging from \$0.75 million or less to \$38.5 million or less* »<sup>185</sup>. En comparaison, « *the European Commission* » et, par ricochet, le droit français « *focused on four criteria: (1) number of persons employed, (2) turnover (annual revenue), (3) balance-sheet total, and (4) independence (to ensure that the small business is not controlled by a large business or jointly controlled by several large businesses)* »<sup>186</sup>.

Sous cette réserve, le droit français s'efforce de « *reduce small business regulatory burdens and enhance their access to capital* »<sup>187</sup> comme le droit américain, quoique selon des modalités différentes.

L'allègement du poids réglementaire pesant sur les PME se traduit par l'obligation faite aux autorités nationales (et européennes) d'évaluer bien en amont de l'adoption des textes leur impact prévisible sur les PME. C'est bien une transposition du droit américain, puisque « *the Regulatory Flexibility Act of*

<sup>180</sup> Un économiste dont les idées sont à l'origine de l'ouvrage de son disciple Schumacher E. F., *Small Is Beautiful: A Study Of Economics As If People Mattered*, Blond & Briggs 1973.

<sup>181</sup> Comme le résume l'administration dédiée à leur pilotage sur son site Interne (<https://www.sba.gov/contracting/government-contracting-programs/what-small-business-set-aside>), la *Small Business administration (SBA)* créée par le Président Herbert Hoover in 1932.

<sup>182</sup> L. n° 2008-776 du 4.8.2008, de modernisation de l'économie. Cf. Lucas de Leyssac C., « PME et règles de protection du marché », in Bazex M. et a., *Les PME et le droit de la concurrence*, op. cit., p. 79. V. aussi La Laurencie J.-P., « Quelle place pour le droit de la concurrence dans le *Small Business Act* français et communautaire ? », *id.*, p. 214.

<sup>183</sup> Commission of the European Communities, « Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, 'Think Small First' A 'Small Business Act' for Europe », June 25, 2008, p. 2.

<sup>184</sup> CRS, op. cit., p. 13.

<sup>185</sup> *Id.*, p. 18.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 1.

1980 (RFA) (...) establishes in law the principle that government agencies must analyze the effects of their regulatory actions on small entities (...) and consider alternatives that would be effective in achieving their regulatory objectives without unduly burdening these small entities ».

L'amélioration de leur trésorerie se déduit parallèlement des mesures prises pour favoriser l'accès des PME aux financements et aux marchés publics.

Comme le souligne l'EPRS, « US legislation has no provisions » en matière d'aide d'État<sup>188</sup>. Mais, ainsi que l'explique la *House Select Committee on Small Business* (qui dépend de la chambre des représentants) américaine, « The SBA offers a number of financing programs designed to offer creditworthy businesses the ability to obtain capital »<sup>189</sup>. Inversement, si ni l'UE, ni le droit français ne disposent d'une administration équivalente, les règles communautaires sur les aides *de minimis* ou les règlements d'exemption par catégories (RGEC, REAF<sup>190</sup>) permettent d'assurer le financement des PME. Elles rendent possible des aides aux entreprises destinées à « répond(re) à la nécessité de maintenir des règles du jeu équitables pour l'ensemble des »<sup>191</sup> des PME et ETI via la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) et la Banque publique d'investissement (BPI) dont la première est actionnaire. Conformément à l'article L. 518-2 du Code monétaire et financier, la CDC a pour mission de « contribu(er) (...) au développement économique local et national » en sa qualité d'« investisseur de long terme » chargé de soutenir le « développement des entreprises ». C'est donc à ce titre qu'elle a investi dans BPI-Groupe dont l'intérêt est de prendre des participations minoritaires dans des petites et moyennes entreprises (PME) et des entreprises de taille intermédiaire (ETI) avec un horizon à moyen et long terme. Une différence tient toutefois au fait qu'« Europe's loan guarantee programs typically require lenders to shoulder a greater percentage of the risk of defaults (usually 50% of losses compared to 10% to 50% of losses in the United States) »<sup>192</sup>. « The SBA's loan guaranty programs provide between \$20 billion and \$25 billion in loan guarantees to small businesses each year »<sup>193</sup>. Par ailleurs, le programme américain « is on promoting the interests of small

---

<sup>188</sup> European Parliamentary Research Service, « EU and US competition policies », *Briefing* du 27.3.2014, p. 1 (disponible sur le site : <http://www.europarl.europa.eu>).

<sup>189</sup> <https://smallbusiness.house.gov/issues/issue/?IssueID=5958>.

<sup>190</sup> V. Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission européenne, déclarant certaines aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'UE ; Règlement (UE) n°702/2014 de la Commission européenne, d'exemption dans les secteurs agricole et forestier.

<sup>191</sup> Chérot J.-Y., « Politique des PME, aides d'État et politique de concurrence », in Bazex M. et a., *Les PME et le droit de la concurrence*, op. cit., p. 287.

<sup>192</sup> CRS, op. cit., p. 14.

<sup>193</sup> *Id.*, p. 19.

*businesses generally as opposed to specific industries* »<sup>194</sup> dans le cas européen: l'UE se sert, elle, des aides aux PME pour « *managing the transition towards a knowledge-based economy is the key challenge for the EU today* »<sup>195</sup>.

Parallèlement, le droit des marchés publics est désormais mobilisé pour favoriser l'activité économique des PME. À l'image des « *Underutilized Business Zones (HUBZone) programs* » destinés à aider les « *small businesses in urban and rural communities* », des clauses sociales ou environnementales peuvent être insérées dans les marchés publics français (ou européens) et les pouvoirs adjudicateurs ou autorités adjudicatrices ont désormais en principe l'obligation d'allotir les opérations pour permettre aux petits ou moyens opérateurs de candidater. Une différence avec le droit américain tient toutefois à ce que ces dispositions ne ciblent pas certaines PME en fonction du sexe (*Women-Owned Small Business Federal Contract Program* lancé en 2011 sur le fondement du *Small Business Act*, 15 U.S.C. 637(m) of 1958) ou du passé militaire (*Veterans Entrepreneurship and Small Business Development Act of August 17, 1999* et *Veterans Benefits Act of Decembre 16, 2003*) de l'entrepreneur<sup>196</sup>.

En second lieu, les lois *anti-trusts* et le *SBA* ont été réinterprétées dans les 1980-90 dans un sens plus conforme aux thèses monétaristes<sup>197</sup>, défendues par l'école de Chicago depuis les années 1950<sup>198</sup>. Tandis qu'il s'agissait jusqu'alors d'assurer l'existence même des concurrents pour rendre le marché concurrentiel, la priorité devient d'assurer le respect du libre jeu de la concurrence par le droit éponyme, comme l'expliquait en 2004, Neelie Kroes, le commissaire européen chargé de la concurrence, lors d'un discours prononcé à New-York<sup>199</sup> : en mettant un terme aux condamnations *per se* (en elles-mêmes) de certaines pratiques, au nom de la « règle de la raison » (« *rule of reason* »<sup>200</sup>). Cette nouvelle approche a conduit à mettre davantage l'accent sur la lutte contre les ententes illicites entre entreprises que contre les concentrations d'entreprises. A moins d'être abusives, ces dernières sont en effet considérées comme un

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 15. V. aussi les autres rapports cités : CRS, « Small Business Administration Trade and Export Promotion Programs », *Report R43155* ; CRS, « SBA Small Business Investment Company Program », *Report R41456*.

<sup>195</sup> Commission of the European Communities, « Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, 'Think Small First' A 'Small Business Act' for Europe », *op. cit.*

<sup>196</sup> Sur cette question, v. Bazex M. et a., « L'accès des PME à la commande publique : une analyse juridique », in Bazex M. et a., *op. cit.*, p. 324.

<sup>197</sup> Cf. Mongouachon C., « Ordolibéralisme versus néolibéralisme : De quelques antagonismes idéologiques, et de leurs conséquences pratiques en droit européen de la concurrence », in Dormont S. et Perroud T. (dir.), *Droit et marché*, LGDJ 2015, p. 21-44 et Souty F., *op. cit.*, p. 5. V. aussi Roda C., *op. cit.*, p. 112.

<sup>198</sup> Caron M., *op. cit.*, p. 50.

<sup>199</sup> Souty F., *op. cit.*, p. 5.

<sup>200</sup> Roda M., *op. cit.*, p. 123.

phénomène bénéfique dans le cadre « d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre », comme le résume le règlement n°139/2004 du 20 janvier 2004, dans la mesure où elles favorisent le « bien être économique »<sup>201</sup>, non plus du concurrent, mais bien du consommateur final. Au contraire, les ententes illicites lui nuisent. C'est pourquoi le droit français<sup>202</sup> (comme européens<sup>203</sup>) s'est doté de « programmes de clémence », directement calqués sur les mesures prises aux États-Unis dans les années 1970, à l'initiative du *Department of justice* américain pour lutter contre les concentrations d'entreprises. Sur la base des conclusions d'un rapport de l'*European Parliamentary Research Service*, on peut toutefois relever que des différences subsistent entre le droit américain et le droit euro-continental : alors qu'en droit interne (et de l'UE) les programmes de clémence peuvent conduire au prononcé d'amendes, ceux du droit américain font l'objet de poursuites pénales. Tandis que le ministre de l'économie ou l'autorité de la concurrence sont généralement à l'origine des poursuites en droit interne (ou la Commission au niveau européen), celles-ci sont déclenchées par les opérateurs victimes de l'infraction en droit américain. Alors que le parlement n'est pas directement associé à la procédure en droit interne (ou européen), « *the US Congress plays a more active role* » notamment parce qu'il peut procéder à des « *Congressional hearings* »<sup>204</sup>.

## 2. LE CONTROLE DES SERVICES ET ENTREPRISES PUBLICS DU DROIT INTERNE

Aux États-Unis, l'idée d'« *empowerment* » est à l'origine d'« un renversement des rapports classiques entre l'État et la société civile par le biais de transfert de ressources politiques et de capacité d'organisation en faveur de la mobilisation des acteurs issus de la société civile et des mouvements sociaux »<sup>205</sup>. Dès la fin de la seconde guerre mondiale des « *Community Development*

---

<sup>201</sup> Lucas C., « PME et règle de protection du marché », in Bazex M. et a., *Les PME et le droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>202</sup> L. n° 2001-420 du 15.5.2001, *JO* 16.5.2001. 7776 ; L. n° 2008-776 du 4.8.2008, *JO* 5.8.2008, texte n° 5.

<sup>203</sup> Sur les programmes communautaires de clémence, v. Communications de la Commission, *JOCE* 1996-C207. 4 ; 2002-C45. 3 et *JOUE* 2006-C298. 17. Ces textes, dépourvus de valeur juridique, s'analysent comme des directives – au sens que le droit administratif donnait à ce terme (CE Sect. 11.12.1970, Crédit foncier de France, *GAJA* n° 85) – auxquels la Commission a recouru pour encadrer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (TPI 12.12.1996, Aiuffas c/ Comm., *R. II-2169*, pt. 57). Sur le mécanisme transactionnel, v. Règlement (CE) n° 622/2008 du 30.6.2008 de la Commission, *JOUE* 2005-L171. 3 ; Communication du 2.7.2008, *JOUE* 2008-C167. 1. D'après ce texte, les deux mécanismes sont cumulables (pt. 33). Pour le droit français, v. Cons. conc. n° 07-D-21 du 26.6.2007, Marché de la location entretien du linge, *Concurrences* 2007-3. 145, note Lemaire.

<sup>204</sup> EPRS, *op. cit.*, p. 1.

<sup>205</sup> Giband D., « Le pouvoir institutionnel local et la question sociale aux États-Unis », *Politique américaine* 2007/2-8. 126.

*Corporations* (CDC) » (Sociétés de développement communautaire) « se sont substituées à l'intervention publique », en intervenant pour soutenir le « développement social, économique et urbanistique des quartiers déshérités »<sup>206</sup>. Sous l'administration Clinton, *l'empowerment* a bénéficié d'un regain d'intérêt au point de « se pose(r) comme un substitut à l'action publique » dans de nouveaux domaines avec « la mise en place des *Empowerment Zones* (zones franches), et (...) la ré-autorisation de la loi sur le *Workfare* »<sup>207</sup>. Malgré un recours accru aux procédés de démocratie participative et les tentatives actuelles pour promouvoir des tiers-lieux dans les zones rurales<sup>208</sup>, l'administration française conserve en comparaison la maîtrise de l'action publique.

En premier, non seulement le contrôle d'une personne publique sur un service public est une condition de la définition même du service public<sup>209</sup>, mais au contrôle de l'administration sur les délégataires privés s'ajoute le contrôle des autorités nationales sur les autorités décentralisées, via les autorités déconcentrées. Alors que, depuis les années 1990, le système fédéral américain repose sur un « *mix of cooperation and competition* »<sup>210</sup>, la décentralisation à la française se caractérise davantage par un mélange de coopération et de surveillance. Tandis qu'aux États-Unis la conviction demeure qu'une saine concurrence entre les États fédérés et l'État fédéral est un atout pour le bien commun, les autorités locales ne peuvent en France agir que dans le respect de la politique générale déterminée par le gouvernement (art. 20 C.). Alors que les actes des autorités fédérées américaines ont pour seule limite le contrôle de constitutionnalité auxquels ils peuvent être confrontés<sup>211</sup> (en vertu de la « *Supremacy clause* » posée par l'article VI al. 2 de la Constitution de 1787<sup>212</sup>), les actes locaux français sont plus largement soumis à la juridiction de la chambre régionale des comptes et au contrôle de légalité du préfet (découlant de l'article 72 C.).

En second lieu, l'État stratège continue d'intervenir massivement dans l'économie à l'aide d'entreprises publiques, c'est-à-dire d'entités soumises au « pouvoir prépondérant »<sup>213</sup> d'une personne publique. Sans doute de telles

---

<sup>206</sup> *Id.*, p. 125.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>208</sup> Illustrée par le programme « cœur de ville » et les appels à projet de nombreuses régions en faveur de la création de tels tiers-lieux.

<sup>209</sup> Chapus R., *Droit administratif général*, Montchrestien 2001, p. 579 : le service public continue en effet de se définir comme l'« activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique ».

<sup>210</sup> Kincaid J., *op. cit.*, p. 151.

<sup>211</sup> Favoreu L., « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du CC* 1997-3

<sup>212</sup> Tel qu'interprété par US SC 24.2.1803, *Marbury vs Madison* (principe du contrôle judiciaire (*judicial review*) de constitutionnalité des lois). V. aussi US SC 2.3.1824, *Gibbons vs Ogden*.

<sup>213</sup> Art. 132-1 du Code des juridictions financières.

entités existent-elles au niveau fédéral américain<sup>214</sup>. Tandis que les *public corporations* de ce dernier<sup>215</sup> peuvent être rapprochés des établissements publics industriels et commerciaux français<sup>216</sup>, les *mixed public private corporations*<sup>217</sup> voire les *government sponsored enterprises*<sup>218</sup> de « l'Oncle Sam » rappellent les sociétés d'économies mixtes (SEM) du droit interne. Dans les deux cas, de plus, ces entités se caractérisent par l'absence d'homogénéité des règles applicables. Que l'on examine le *Government Corporation Control Act* américain de 1945, la loi française modifiée n° 83-675 du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public, ou l'ordonnance précitée n° 2014-948 du 20 août 2014, le constat est toujours le même : malgré leur portée générale, ces textes ne s'appliquent pas à toutes les entreprises publiques étatique qui se caractérisent par « *a wilde variation in the legal, financial, structural and policy bases for the (...) government corporation* »<sup>219</sup>. Tandis que le texte de 1945 ne s'appliquait qu'à une liste de 42 corporations à capitaux entièrement publics et de 4 corporations d'économie mixtes<sup>220</sup>, celui de 83 ne couvre désormais plus que les établissements publics nationaux de caractère industriel et commerciaux, et l'ordonnance de 2014 ne s'applique que sous réserve des (nombreuses) « lois (...) particulières qui (...) régissent » les sociétés nationales (art. 1<sup>er</sup>). Ce sont de plus dans les deux États parfois les mêmes secteurs d'activités qui sont exploités par le biais d'entreprise publique, comme le montrent les exemples de l'*US postal service* et de La Poste, toutes deux en charge de la distribution du courrier. La principale différence tient à l'étendue du secteur public des deux pays à l'échelle nationale : tandis qu'on ne dénombrait plus que 23 entreprises nationales aux ÉU en 2002, l'État français en contrôlait encore 88 en 2013<sup>221</sup>. Si la tendance est à la diminution de leur nombre dans l'hexagone depuis (il était estimé à 77 en 2017 selon l'APE), l'État stratège semble malgré tout continuer de se distinguer de son homologue américain par les mesures prises afin de valoriser ses actifs sur le long terme, comme le ferait un investisseur privé avisé par le biais de l'APE qui est un service du ministère de l'économie.

---

<sup>214</sup> Sur cette question, v. Rouban L., « Histoire d'une institution : les entreprises publiques aux États-Unis », *La Revue administrative* 2005-346, p. 403.

<sup>215</sup> *Id.*, p. 404.

<sup>216</sup> Sur les critères d'identification des Établissements publics, v. TC 9.12.1899, Assoc. syndicale du Canal de Gignac, S. 1900. 3. 49.

<sup>217</sup> Rouban L., *loc. cit.*, p. 404.

<sup>218</sup> *Id.*, p. 422.

<sup>219</sup> Moe E. R., « United States », in OECD, *Agencies, Authorities and other Government Bodies*, OECD 2002, p. 252.

<sup>220</sup> Rouban L., *loc. cit.*, p. 411.

<sup>221</sup> *INSEE Première* 2015-1541. 1.

## C. GARANTIR LA PROTECTION DE CERTAINES DONNÉES

Si l'État stratège n'abat pas toutes ses cartes, c'est enfin, parce qu'il sait, comme le « *State out of sight* » américain, cultiver le secret lorsque ses intérêts économiques sont en jeu. Outre le secret des affaires dont dépend la prospérité des opérateurs nationaux (1°), il veille à la confidentialité de certaines données jugées sensibles (2°).

### 1. LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

La confidentialité étant la clé du succès de certaines entreprises, l'État stratège s'est doté, sous la pression des opérateurs économiques, d'une législation efficace sur le respect du secret des affaires, qui rappelle sur plusieurs points celle des EU. Outre par l'*Uniform Trade Secrets Act* qui édicte un certain nombre de principes communs aux législations dédiées des États fédérés, la matière est régie aux États-Unis par le *Freedom Of Information Act* et le § 201.6 de l'*US Code of Federal regulations (CFR)* au niveau fédéral. Si ces textes ont en commun de garantir la « *confidentiality* » de certaines « *business informations* » ou « *trade secrets and other confidential or privileged commercial or financial information* », le sujet a fait l'objet en 2014 d'une proposition de loi en droit interne<sup>222</sup> avant d'être régi par la Directive (UE) 2016/943<sup>223</sup> désormais transposée par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018. Or, ces dispositions visent à chaque fois à faire la synthèse des « mesures, procédures et réparations » permettant « d'empêcher l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires ou d'obtenir réparation pour un tel fait », en s'inspirant de l'exemple américain<sup>224</sup>.

I. En conséquence, droits américains et français édictent un **principe de non divulgation des informations confidentielles assorti de sanction**.

Ce principe a une portée large, puisqu'il est applicable aux opérateurs économiques comme aux autorités dans l'exercice de leurs fonctions. Il joue notamment au moment de la conclusion d'un contrat. Tandis que, en droit américain, la règle est régie au niveau des États fédérés par l'*Uniform commercial code (UCC)* et au niveau fédéral par le *Clinger-Cohen Act* de

---

<sup>222</sup> « Proposition de loi de M. Le Roux et autres, relative à la protection du secret des affaires », *Doc. AN* 2014-2139.

<sup>223</sup> Dir. (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8.6.2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

<sup>224</sup> « Proposition de loi de M. Le Roux et autres, relative à la protection du secret des affaires », *Doc. AN* 2014-2139. 4.

1996<sup>225</sup>, elle est désormais posée, en droit français, à l'article 1112-2 du Code civil issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Le principe de non divulgation est en outre dans les deux cas précisés par certains textes spéciaux, comme ceux qui intéressent le droit de la concurrence (Cf. *US Antitrust Law* (Sherman Act of 1890, *Federal Trade Commission Act* of 1914 et le Clayton Act of 1914 *codified* dans 15 USC §773 b) et art. L. 483-2 s. du Code de commerce créés par l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017). Par exemple, tout comme les « *clemency initiatives* » du *department of justice* destinées à lutter contre les pratiques anti-concurrentielles (28 CFR § 1.5), les « programmes de clémence » lancés par l'Autorité de la concurrence garantissent en droit français la confidentialité des documents communiqués et des décisions prises (Communiqué de procédure du 11 avril 2006 pris sur le fondement de l'article Article L. 464-2 du Code de commerce). L'article L. 430-10 du Code de commerce, dans sa rédaction issue des lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 et n° 2008-776 du 4 août 2008, oblige de ce fait l'autorité de la concurrence et le ministre de l'économie à faire en sorte que des « secrets d'affaires ne soient pas divulgués » à l'occasion du contrôle des opérations de concentration d'entreprises.

À chaque fois la violation de ce principe engage par ailleurs la responsabilité de son auteur. Tandis qu'aux ÉU, « *The breach of the government employee's duty of confidentiality* » le fait sur le fondement des textes (v. *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)* of 1979) et de la jurisprudence (v. US SC 217 U.S. 286 (1910) *United States vs Carter* ; 408 U.S. 501 (1972) *United States vs Brewster*), le nouvel article 1112-2 du Code civil en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 dispose, d'une façon générale, que : « celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». Il est complété par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, obligeant ces derniers à « faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions » et les astreint au respect du « secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal » (art. 26). En cas de litige, la juridiction saisie peut en outre « *preserve the secrecy of an alleged trade secret by reasonable means* » aux ÉU (*UTSA, Section 5*), tout comme elle peut déroger aux principes du débat public et du contradictoire en droit interne (art. L. 483-2 s. du Code de commerce créés

---

<sup>225</sup> Adopté conformément aux préconisations de l'article 39 du traité ADPIC issu la convention de Marrakech de 1994 qui a institué l'OMC.

par l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles<sup>226</sup>).

II. Droit américain et français veillent parallèlement tous deux au respect de la propriété intellectuelle. Non seulement ils reconnaissent la validité des « accords de confidentialité » (« *confidentiality agreement* » ou « *non-disclosure agreement* ») par lesquels chaque partie s'engage à ne pas déposer de demande de droit de propriété intellectuelle, mais ils se sont dotés de législations efficaces en la matière. En droit américain, les règles applicables étaient normalement celles des États fédérés, mais les parties peuvent depuis 2016 décider de se placer sous le régime du *Defend Trade Secrets Act* (« DTSA ») édicté au niveau fédéral (et *codified at* 18 U.S.C. §§ 1831-1836 (*Civil proceedings*)).

L'originalité tient ici à ce que c'est le droit français qui semble avoir influencé le droit américain via le droit européen et non l'inverse.

En droit américain, la propriété intellectuelle est en effet régie par l'*US Patent law* (35 USC) qui a fait l'objet d'importantes réformes les 29 novembre 1999 et 16 septembre 2011, suite à l'adoption de l'*American Inventors Protection Act* et de l'*American Invent Act (AIA)*. Si l'« *US Patent and trademark Office (PTO)* »<sup>227</sup> continue de centraliser les procédures comme le fait l'INPI en droit français, trois solutions de ce dernier ont été reprises en droit américain via « *the EPO* » – *European pattern office's (EPO) system*<sup>228</sup> – « *procedure* »<sup>229</sup>.

D'une part, le droit américain est passé d'un « *first to invent system to a first to file system* »<sup>230</sup> pour permettre au premier opérateur qui le dépose d'obtenir le brevet, se ralliant ainsi à une solution arrêtée en droit français par une loi du 5 juillet 1844<sup>231</sup>. Le système américain apparaît toutefois plus avantageux, dans la mesure où il offre une possibilité de confidentialité que ne permet pas le droit français : « *on or after November 29, 2000. (...) an applicant may request that the application not be published, but only if the invention has not been and will not be the subject of an application filed in a foreign country that requires publication 18 months after filing (or earlier claimed priority date) or under the*

---

<sup>226</sup> Cf. Cass. com. 4.10.2016, Pourvoi n° Z 15-14.158 : « attendu, en premier lieu, que le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires ; que le principe de la contradiction n'implique pas que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine, laquelle en outre n'a pas pour objet la défense de ses intérêts privés, puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret des affaires concernant la personne qu'elle a mise en cause, ni qu'elle puisse contester la décision de protection de secret des affaires prise à ce titre ». V. aussi CE 10.10.2014, Synd. FILMM, req. n° 367807.

<sup>227</sup> Cahoy D. R. (dir.), *The Changing Face of US Patent Law and Its Impact on Business Strategy*, E. Elgar 2013, p. 3.

<sup>228</sup> V. Convention modifiée sur le brevet européen du 5.10.1973.

<sup>229</sup> Cahoy D. R. (dir.), *op. cit.*, p. 9.

<sup>230</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>231</sup> *Bull. lég.* 1844-1108, n° 11,341.

*Patent Cooperation Treaty* »<sup>232</sup>. Le droit français ne possède pas de garantie équivalente, puisque le dépôt du brevet fait l'objet d'une publicité 18 mois après la demande.

D'autre part, l'*AIA* a abandonné le « *best mode requirement* » qui « oblige(ait) l'inventeur à révéler la meilleure façon d'utiliser son invention alors qu'en Europe on ne demande qu'une manière spécifique, pas forcément la meilleure »<sup>233</sup>.

Enfin, le droit américain a consacré le droit de possession antérieure qui, depuis la loi précitée de 1844, prémunit, en France, le premier inventeur contre une action en contrefaçon, en lui reconnaissant le droit de continuer à utiliser son invention, bien qu'elle ait été brevetée par un tiers. Il ne semble toutefois pas avoir repris le système de l'enveloppe Soleau qui permet depuis 1914 de prouver en droit interne la date d'enregistrement de sa découverte<sup>234</sup>, dans la perspective d'une action en reconnaissance du droit de possession antérieure<sup>235</sup>.

## 2. LA PROTECTION DES DONNEES SENSIBLES

Comme le droit américain, le droit français s'efforce d'assurer la protection des données sensibles produites sur son territoire national, même s'il le fait selon des modalités parfois différentes.

I. Cette protection concerne d'abord certaines données publiques, puisque toutes ne sont pas communicables aux individus même si la règle n'est pas sans limites.

Tandis qu'aux ÉU le *Freedom Of Information Act* et « l'*Executive Order 13526 of December 29, 2009* » permettent au président (ou à ou ses délégataires) de garder confidentiels différents textes, l'article L. 311-15 du CRPA affirme le caractère non communicable d'un certain nombre de documents. Alors qu'il s'agit notamment en droit américain de fichiers intéressant « *scientific, technological, or economic matters relating to the national security* », il s'agit en droit français de « documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte au secret des délibérations du Gouvernement ; au secret de la défense nationale ; à la conduite de la politique extérieure de la France ; à la sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations ; à la monnaie et au crédit public » etc. Les principes dont ces règles sont issues ont par exemple

---

<sup>232</sup> <https://www.uspto.gov/patents-getting-started/general-information-concerning-patents>.

<sup>233</sup> Pénin J., « Enveloppe Soleau et droit de profession antérieure : définition et analyse économique », *Revue d'économie industrielle* 2008, 85.

<sup>234</sup> Cf. L. du 14.7.1909, sur les dessins et modèles, *Bull. lég.* 1909-13, n° 615, art. 4 et D. du 10.3.1914, relatif à la constatation de la date de création des dessins et modèles, *Bull. lég.* 1914-125, n° 6744.

<sup>235</sup> *Id.*

fondé en droit interne la non publication de certains documents sensibles, comme le rapport de la Commission de réforme de l'État de 1995 ou encore les deux circulaires du ministère de l'intérieur de 2005 et 2008 sur les Schémas Régionaux d'Intelligence Économique classés secret défense.

Si des limites existent à ce caractère non communicable, celles-ci ne sont pas tout à fait les mêmes : tandis que le secret peut être conservé jusqu'à 25 ans en droit américain, il peut l'être pendant 25 ou 75 ans en fonction de la nature du document en droit français (art. L. 213-2 du Code du patrimoine). Une limite semble en outre propre au droit américain : l'*Executive order* spécifie qu'« *in no case shall information be classified, continue to be maintained as classified, or fail to be declassified in order to: (...) (3) restrain competition* », sans que la législation nationale ne comporte de disposition équivalente. Tout au plus le nouvel article 122-9 du Code pénal issu de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique rend-il pénalement irresponsable le lanceur d'alerte « qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause » et intéresse la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique. Le droit français est donc de ce point de vue plus protecteur des intérêts nationaux que du bon fonctionnement du marché puisqu'il substitue à la condamnation systématique de certaines pratiques une interdiction somme toute plus relative.

II. La protection des données concerne ensuite celles qui ont un caractère privé. Sans doute, les deux systèmes juridiques assurent-ils leur respect sur la base d'« un socle commun » de règles baptisées « *Fair Information Practices* » (« FIPs »)<sup>236</sup>. Mais une première différence tient à l'assise constitutionnelle (et conventionnelle) des règles applicables. Alors qu'aux États-Unis le 4<sup>e</sup> amendement de la Constitution de 1787 ne garantit la protection des données personnelles qu'à l'égard des autorités publiques, la Constitution du 4 octobre 1958 (et, en droit européen, le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 et la directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016) les protègent aussi du comportement des acteurs privés. Une autre différence découle de ce que « les exigences relatives à la sécurité nationale, à l'intérêt public et au respect des lois des États-Unis l'emportent sur le régime de la sphère de sécurité, si bien que les entreprises américaines sont tenues d'écarter, sans limitation, les règles de protection prévues par ce régime, lorsqu'elles entrent en conflit avec de telles exigences », comme l'a relevé la CJUE<sup>237</sup>. Dressé en 2015, ce constat ne s'est pas démenti depuis, puisque le Cloud Act du 23 mars 2018 oblige désormais les entreprises

---

<sup>236</sup> Maxwell W. J., « La protection des données à caractère personnel aux états-unis : convergences et divergences avec l'approche européenne », p. 71.

<sup>237</sup> CJUE GC 6.10.2015, Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner, Aff. C-362/14.

américaines à fournir aux agences fédérales qui en font la demande les données de leurs utilisateurs stockées à l'étranger. À l'inverse, le droit français (et européen) met(tent) des obligations strictes de confidentialité à la charge des opérateurs et des autorités, sous peine d'amende pouvant atteindre jusqu'à 20 millions d'euros et renforcent les droits des particuliers : outre de droits d'information et de portabilité, ceux-ci bénéficient de droits d'accès, de rectification et d'effacement des données les concernant. Or, cette « conception spécifiquement » franco-« européenne de la protection des données personnelles, différente de celle promue par les États-Unis » est clairement pensée comme « un avantage concurrentiel dans la compétition économique », comme l'explique un rapport parlementaire<sup>238</sup>.

\* \*  
\*

En conclusion, l'État stratège semble entretenir une relation circulaire avec le modèle américain de l'*hidden State* qui en fait un monstre de complexité.

C'en est un, d'abord, du fait de l'hybridation forcée qu'il a dû opérer dans les années 1970, pour s'adapter aux valeurs du « *free marketplace of government* » portées par l'idéologie et le droit américains, de façon à rester compétitif dans le contexte de la mondialisation. La chronologie d'un certain nombre de réformes montre que l'État français a longtemps été dans une relation de réaction par rapport aux évolutions d'outre-Atlantique, beaucoup de textes votés ayant eu pour objet de combler le « retard »<sup>239</sup> pris sur les EU. Leur exemple a ainsi forcé la France à repenser son modèle de société, de façon à concilier l'héritage du solidarisme et du Conseil national de la résistance avec la libéralisation de l'économie nationale induite par la mondialisation.

C'en est, ensuite, un dans la mesure où cette américanisation ne s'est pas traduite par une réception « pure et parfaite » des valeurs américaines en droit interne. Il s'est agi pour l'État stratège de trier parmi les solutions mises en œuvre aux ÉU celles qui étaient susceptibles de présenter un atout dans la guerre des droits induites par la mondialisation ; dans tous les cas de les combiner avec les dispositions nationales et européennes ; et d'éventuellement les améliorer à la lumière d'autres retours d'expériences étrangers, afin d'atteindre pleinement cet objectif. D'un côté, « la logique de l'importation n'est pas totale » comme le relève Dominique Custos<sup>240</sup>, ne serait-ce que parce que les emprunts au modèle

---

<sup>238</sup> Forteza P., « Rapport sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles », *Doc AN* 2018-592. 20.

<sup>239</sup> Besson E., *op. cit.* : « La récente condamnation de Microsoft aux États-Unis montre (...) à quel point notre pays est en retard par rapport aux pays étrangers ».

<sup>240</sup> *Politiques et management public* 2002-1. 67.

américain ne sauraient « valoir reproduction exacte dans un milieu d'importation travaillé en profondeur par l'exigence d'unité d'un État centralisé ». D'un autre, côté, l'État stratège n'a pas hésité à emprunter certaines solutions à d'autres traditions juridiques (Allemagne, Italie, Japon, Chine etc.) pour améliorer l'efficacité et l'efficacités des mesures adoptées. De sorte qu'il s'agit pour lui de trouver en permanence, dans l'espace étroit que lui laissent des engagements internationaux largement façonnés par les ÉU et les contraintes régionales européennes, des interstices lui permettant de conserver – sinon de gagner – des parts de marchés à l'échelle internationale, sans remettre totalement en cause son modèle social.

C'est, enfin, un monstre de complexité dans la mesure où son action force en retour les ÉU à adapter leur arsenal juridique à la compétition étrangère, européenne notamment. Déjà au XIXe siècle, le droit euro-continentale a conduit le droit américain à tempérer sa tradition de *common law* par le recours à la codification ; de nos jours, certains rapports américains pointent encore les « *Similar objectives, different approaches* »<sup>241</sup> des deux traditions juridiques pour y trouver des pistes de réformes permettant d'accroître la compétitivité de leur propre pays. Un rapport du Congrès américain soulignait à ce titre que « *as the Europeans have demonstrated, examining what other developed countries are doing (...) can be useful as each nation considers which policies may work best for them* »<sup>242</sup>. **À l'américanisation du droit français répond ainsi parfois une francisation du droit américain (généralement opérée par le truchement du droit européen)** comme le montre l'évolution Outre-Atlantique du droit de la propriété intellectuelle et de la Fonction publique : tandis qu'en matière de brevet, la loi américaine s'est, sur de nombreux points, alignée sur le droit français et européen, le gouvernement fédéral paraît, sous certains aspects, se convertir aux vertus du système de la carrière<sup>243</sup>. Ce qui est pour le moins spectaculaire dans le pays qui a inventé le contre-modèle du système de l'emploi.

Les ÉU semblent ainsi à certains égards perdre le contrôle d'une mondialisation dont ils ont pendant longtemps fixé les règles. C'est d'autant plus vrai que leur droit évolue également sous l'influence de la pression internationale : alors que le « *Cohen Act* » a été « adopté en 1996 (...), conformément aux préconisations de l'article 39 du traité ADPIC issu la convention de (...) l'OMC »<sup>244</sup>, les Principes Unidroit de 2004 (art. 2.1.16) les ont conduits à renforcer le devoir de confidentialité du contenu des négociations des contrats et l'OCDE n'hésite pas à préconiser d'autres réformes au pays.

---

<sup>241</sup> EPRS, *op. cit.*

<sup>242</sup> CRS, *op. cit.*, p. 20.

<sup>243</sup> Bowman J. S. et West J. P., « The profession of public administration : promise, problem and prospect », in *The state of public administration, op. cit.*, p. 32.

<sup>244</sup> « Proposition de loi de M. Le Roux et autres, relative à la protection du secret des affaires », *op. cit.*, p. 4.

À l'image de J. Young, ce renversement du rapport de force pousse certains intellectuels américains à s'interroger : « *Is there life left in liberalism in any of its form* »<sup>245</sup> pour permettre aux ÉU de redevenir les maîtres du jeu, comme il leur a toujours permis de le faire par le passé ? Avec son mélange de protectionnisme pour l'économie réelle et de libéralisation de la finance le « trumpisme » peut être compris comme une nouvelle tentative de synthèse. Mais il ébranle ce faisant les principes sur lesquels le commerce mondial a été bâti depuis le 14 août 1941 et l'adoption de la Charte de l'Atlantique. Ce texte, rédigé par Franklin Delano Roosevelt (1882-1945) et Winston Churchill (1874-1965), ambitionnaient en effet d'étendre au monde entier les enseignements de la paix d'Utrecht qui avait « marqué » en 1713 la « première tentative de désarmement économique »<sup>246</sup>, de façon à faire de « l'accès et la participation », de « tous les États », « au commerce et aux matières premières indispensables à leur prospérité » la condition d'« un avenir meilleur ».

Si c'est ce qui rend la période actuelle très incertaine, les ÉU n'en continuent pas moins de servir de référence à l'État stratège qui cherche à capter les retombées positives des mécontentements suscités par leur nouvelle orientation politico-économique (comme cela ressort du « *Make our planet great again* » lancé par le président Macron lors de son élection par référence au « *Make america great again* » ayant servi de slogan à la campagne de Donald Trump<sup>247</sup>).

La comparaison avec le droit américain montre que les atouts de la compétitivité française tiennent à l'homogénéité de territoires et à un haut niveau de qualification des travailleurs rendus possible par le maintien de puissants mécanismes de redistribution des richesses ; à la stabilité politique et à la sécurité juridique qui en découlent, dans la mesure où la règle de droit interne apparaît plus stable, plus accessible et plus prévisible ; et au maintien d'une administration employant des fonctionnaires indépendants du pouvoir politique et économique, qui lui évite de tomber dans le piège du « *shadow government* » dénoncé en son temps par le président Truman. Ce qui explique le caractère pour l'instant circonscrit des réformes tendant à remettre en cause ce statut ou à consacrer un droit à différenciation limité aux collectivités à statut particulier, comme l'envisageait le projet de révision constitutionnelle annoncé par le gouvernement Philippe à l'été 2018 et depuis reporté<sup>248</sup>.

Inversement, la comparaison des deux ordres juridiques montre qu'une des faiblesses de la compétitivité française tient à l'insuffisance des mécanismes de lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts tant la collusion entre autorités

---

<sup>245</sup> Young J., *op. cit.*

<sup>246</sup> Asselain J.-C., *op. cit.*, t. 1, p. 60. Sur cette question, v. Brasseul J., « Heurs et malheurs des traités de commerce franco-britanniques à travers l'histoire », *Monde francophones* 23.6.2006.

<sup>247</sup> « Emmanuel Macron : *Make our planet great again* », *Le Monde* 2.6.2017.

<sup>248</sup> « Réforme des institutions : le gouvernement présente un compromis loin de satisfaire le Sénat », *Le Monde* 5.4.2018.

politico-administratives et monde des affaires reste préoccupante et alimente le soupçon d'un « mode d'élaboration lobbyiste de l'intérêt général »<sup>249</sup>. Il conviendrait à ce titre d'obliger les administrations à recruter en dehors de leur sein des référents déontologues et de fusionner la Commission de déontologie et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, comme une proposition de loi sénatoriale déposée en 2018 propose de le faire<sup>250</sup>. Peut-être conviendrait-il également de redonner une base constitutionnelle à la déontologie en réintroduisant dans le texte suprême l'usage du serment pour les fonctionnaires et de confier à un parquet indépendant la répression pénale de toutes les pratiques anti-concurrentielles. Comme le constate Éric Alt et William Bourdon : « En France, la prison n'est définitivement pas faite pour les cols blancs » alors qu'« aux États-Unis, c'est un peu différent »<sup>251</sup>. Une autre faiblesse tient aux ambiguïtés du discours sur la transparence : le recours accru aux propositions de loi ou aux ordonnances en matière économique rend plus opaque la connaissance des modèles étrangers à l'origine de certaines réformes et leur examen critique. C'est pourquoi l'utilisation de ces mécanismes devrait systématiquement s'accompagner d'une étude d'impact fouillée et d'un exposé détaillé des motifs sous-tendant la réforme projetée, ces exigences n'existant pour l'instant que pour les projets de loi<sup>252</sup>. Une réforme s'impose donc pour éclairer ces textes à la lumière préalable des études d'impact. Enfin, les autorités françaises devraient peser au niveau européen pour que l'UE se dotent des outils juridiques lui permettant de neutraliser l'application extra-territoriale de la loi américaine qui pénalise ses entreprises, comme le préconisent certaines prises de position sénatoriales<sup>253</sup>.

Quel que soit le sort réservé à ces propositions, il est certain que le droit américain sera sensible aux évolutions à venir du droit français et réciproquement. C'est la logique même de la mise en concurrence des législations nationales à laquelle conduit la mondialisation : seuls les États qui savent anticiper les évolutions des règles du jeu du grand commerce mondial et de la législation de leurs concurrents sont assurés de rester compétitifs. Autant dire que l'étude comparée des droits franco-américains à l'aune de l'analyse économique du droit a encore de beau jour devant elle.

---

<sup>249</sup> Bance P., « L'État stratège : État "réduit" ou "à capacité étendue" en régime de gouvernance multiniveaux », in *Quel modèle d'État stratège en France ?*, op. cit., p. 34.

<sup>250</sup> V. Requier J.-C., « Proposition de loi visant à renforcer la prévention des conflits d'intérêts liés à la mobilité des hauts fonctionnaires », *Doc. S.* 2018-205. V. aussi « Le décret "référé déontologue" en 7 questions », *Gaz. cnes* 12.4.2017.

<sup>251</sup> « En termes d'efficacité répressive, la transaction pénale est un mirage », *Le Monde* 23.5.2016.

<sup>252</sup> LO n° 2009-403 du 15.4.2009, relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

<sup>253</sup> V. notamment Raffarin J.-P. et Bizet J., « Relancer l'Europe : Retrouver l'esprit de Rome », tome 1, *Doc. S.* 017-434. 33 ; Bizet J., « L'Union européenne face aux défis de la sécurité, des migrations et des frontières », *JOS déb.* Séance du 9.5.2018, p. 14.



IV.  
***CONCLUSIONS***



# LA RÉFLEXION JURIDIQUE A L'ÉPREUVE DU NÉOLIBÉRALISME ET DE L' « AMÉRICANISATION » DU DROIT

*(Rapport de synthèse)*

Par  
Jacques CAILLOSSE  
Professeur émérite  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)  
CERSA-CNRS

*...il y avait, en 1919, une civilisation européenne, avec pour variante une culture américaine. Il y a, en 2017, une civilisation américaine, dont les cultures européennes semblent, avec toute leur diversité, au mieux, des variables d'ajustement, au pire des réserves indigènes.*

R. Debray, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, Paris, Gallimard, 2017, p. 48

*Puisque nous vivons et pensons comme les États-Unis, sur leur modèle, en quelque sorte nous sommes américains, et l'argument inépuisable de la solidarité économique-financière de la culture commune judéo-chrétienne et du protectorat militaire nous interdit de voir et penser leurs impasses qui sont aussi les nôtres. Mais qu'on le veuille ou non, le passé de l'Amérique n'est pas le passé de l'Europe. Alors quoi ? Qui sommes-nous ?*

P. Legendre, *Nomenclator. Sur la question dogmatique en Occident*, II Paris, Fayard, 2006, p. 325

## Préalables

Avant même d'en venir à la matière proprement dite du colloque, deux brèves observations préliminaires m'ont paru s'imposer. La première intéresse le lien existant entre la manifestation dont on cherchera ici à décrire l'économie et le précédent colloque havrais, organisé autour du thème Néolibéralisme et droit public<sup>1</sup>. Il n'est évidemment pas question de revenir dans les quelques pages qui suivent sur ce qu'il en est du néolibéralisme, en pratique comme en théorie<sup>2</sup>. Il nous suffira d'admettre – ce qui ne signifie nullement que l'on puisse par ailleurs s'en satisfaire ! – que la notion de néolibéralisme, par-delà des mises en œuvre nationales plus ou moins contrastées, génère partout des interventions et des réflexions de même nature. Ce sont là autant de composantes invariables appartenant à une sorte de modèle commun dont on peut esquisser, très rapidement, les contours<sup>3</sup>. Rappelons simplement qu'il prend, en France, des formes singulières héritées de la longue histoire de l'État<sup>4</sup> : on y trouve tout particulièrement la surface juridique qu'occupe encore le droit public et sa référence inébranlable à un intérêt général dont il continue de confier, tant bien que mal, au seul État, ou peu s'en faut, les usages et la manœuvre. Certes, l'offensive néolibérale est loin, très loin, de concerner le seul droit administratif entendu comme droit de l'action publique. Elle s'emploie encore à la déconstruction du droit des relations du travail et n'épargne pas le droit commun<sup>5</sup>. Mais c'est du droit public qu'elle a fait sa cible principale : à travers sa réduction programmée et sa dévalorisation, il s'agit de retracer la ligne de partage construite dans la longue durée de l'histoire institutionnelle entre ce qui relève de l'administration des rapports sociaux et ce qui revient à leur production et reproduction contractuelles ; dit autrement, entre une logique de solidarité<sup>6</sup> qui prend le service public pour point d'ancrage et une logique de marché qui repose sur la généralisation de la concurrence<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> V. F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris, Mare & Martin, coll. « droit public », 2017.

<sup>2</sup> Le sujet ne cesse, on le sait, d'alimenter une littérature considérable. V. par exemple, en langue française, M. Lazzarato, *La fabrique de l'homme endetté. Essai sur la condition néolibérale*, Paris, éd. Amsterdam, 2016 ; P. Dardot et C. Laval, *Ce cauchemar qui n'en finit pas. Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, Paris, La Découverte, 2016 ; C. Laval, *Foucault, Bourdieu et la question néolibérale*, Paris, La Découverte, 2018. V. encore, pour une tentative de montrer les résistances qu'offrirait, en France, l'État à la dynamique néolibérale, P. Birnbaum, *Où va l'État ? Essai sur les nouvelles élites du pouvoir*, Paris, Seuil, 2018.

<sup>3</sup> Je prends la liberté de renvoyer à ma contribution au précédent colloque havrais, *Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit*, dans F. Bottini, *op. cit.*, p. 339-359.

<sup>4</sup> C'est de cela que tire argument le livre précité de P. Birnbaum.

<sup>5</sup> V. plus spécialement ici les analyses d'A. Gosselin-Gorand et L. Mauger-Vielpeau et d'A. Cayol.

<sup>6</sup> Sur cette notion, v. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, éd. De Boccard, Paris, 1927. V. aussi, S. Rodota, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Editori Laterza/la Repubblica, Roma, 2017.

<sup>7</sup> Cette mutation était précisément l'objet du discours d'ouverture du colloque de J-P. Lecoq. Ainsi que l'écrit C. Laval (ouvrage précité, p. 119-120) à partir des cours de M. Foucault au Collège de France sur le néolibéralisme, « La société doit être dirigée et réglée par le *jeu* de la concurrence – concurrence externe entre économies nationales, concurrence interne entre entreprises et entre individus. La concurrence et le

C'est à la notion même de « rapport de synthèse » que je souhaite consacrer une autre série de remarques préliminaires. La « synthèse », voilà bien une tâche dont l'expérience académique montre à quel point elle peut s'entendre de différentes manières. On ne prétend surtout pas faire du texte qui suit la restitution fidèle, le modèle réduit en quelque sorte, de l'ensemble des contributions présentées et des discussions auxquelles elles ont pu donner lieu. S'il n'existe aucune raison de mettre en doute l'intérêt d'un pareil exercice, tel n'est pas l'objet de celui proposé ici. J'ai fait un tout autre choix, consistant en une mise à distance délibérée des discours entendus, pour, si je peux ainsi m'exprimer, « reconstruire » le colloque, en prenant appui sur ses structures les plus marquantes : celles que les différents orateurs eux-mêmes ont imposées, en les faisant voir et entendre plus que tout autre chose, et sur le mode le plus insistant<sup>8</sup>.

### Économie du colloque

Il ne faut pas s'en cacher, le titre sous lequel s'affichent les travaux dissimule, sous son apparente évidence, de redoutables difficultés. En voici trois qui étaient autant de pièges tendus aux orateurs et dont ils ont eu à se déprendre. D'abord il y a cette question même de l'« américanisation » du droit : inscrite sur les agendas de la recherche juridique depuis le milieu des années 80<sup>9</sup>, elle était d'emblée porteuse d'un premier risque, celui de la redondance ! Le second écueil provient de la mise en rapport indéterminée entre un processus supposé d'américanisation du droit et le néolibéralisme : il fallait plus spécialement ici prévenir le risque de l'approximation. Risque aggravé par les difficultés objectives de la comparaison France / États-Unis<sup>10</sup>, du fait de différences de conception tant sur la démocratie<sup>11</sup>, que le droit<sup>12</sup>, et l'action publique<sup>13</sup>. Enfin, nul n'ignore que l'objet ainsi proposé à la réflexion se prête, plus que d'autres, aux « postures » intellectuelles et à l'élaboration de récits passionnés où

---

modèle entrepreneurial constituent un certain régime inédit de gouvernement des conduites dans lequel le mode d'imposition de la norme ne sera plus le même que dans la souveraineté ou dans la discipline, et ceci bien au delà de la *sphère économique* au sens habituel du terme. (...) ce ne sont plus les principes de solidarité et de redistribution, encore moins d'égalité, qui sont aux commandes, mais la concurrence ».

<sup>8</sup> Le texte présenté ici reprend des notes qui ont été élaborées en cours de colloque, les 16 et 17 novembre derniers, pour lui servir de conclusion. Leur réécriture vise simplement à leur donner une forme répondant aux exigences d'une publication. C'est dire qu'elles gardent toutes les imperfections : approximations, faiblesses et autres insuffisances d'une argumentation montée « dans l'urgence ».

<sup>9</sup> On pense notamment à la thèse que faisait entendre dès 1985 L. Cohen-Tanugi avec *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, col. « recherches politiques ». V. sur ce livre, M. Crozier, *Bureaucratie française et juridisme américain*, Le Monde, 31 août 1985.

<sup>10</sup> Il revenait tant à M. Debène qu'à M. Beye de faire valoir, malgré tout, chacun dans son domaine d'enquête, les vertus de la comparaison.

<sup>11</sup> V. le rapport de J. Bouveresse.

<sup>12</sup> V. le rapport de G. Quintane.

<sup>13</sup> V. le rapport de J. Chevallier.

s'affrontent contempteurs et thuriféraires du néolibéralisme comme de l' « américanisation ». Rien ne prémunissant spécialement les juristes contre ces travers, ils devaient encore se garder des risques de la dérive idéologique.

Située de cette façon – mais, j'en conviens volontiers, il en est certainement d'autres qui permettraient d'aboutir à des leçons différentes –, la matière du colloque nous livre principalement deux types d'enseignements. Les premiers intéressent les problèmes de méthode que rencontrent les juristes, pour peu qu'ils veuillent penser ensemble les éléments du triptyque que composent le droit français, l' « américanisation » du droit et le néolibéralisme. Je ferai de ces problèmes une première partie de mon compte-rendu. Les autres enseignements concernent l'état du droit, tel qu'il résulte de la confrontation, du télescopage entre les trois « phénomènes » constitutifs de notre objet : droit français, « américanisation » du droit et néolibéralisme. De ce point de vue, le colloque est une invitation à présenter, à défaut d'un état complet des lieux, quelques-unes des figures majeures du changement juridique en cours. Elles seront la raison de la deuxième partie de mon propos<sup>14</sup>.

\*

## Méthode

*(ou comment appréhender les interactions entre néolibéralisme, « américanisation » du droit et droit français ?)*

Il ne serait guère raisonnable d'ouvrir cette première partie sans avoir préalablement apporté cette précision : il m'a fallu, pour l'élaborer, m'installer quelque peu au delà des discours entendus : ces derniers recevront en l'occurrence une orientation commune, à laquelle chacun des auteurs convoqués n'a pas souscrit par avance ! Le colloque est, en cela, appréhendé comme un tout englobant chacune des interventions. Les orateurs ont pu, tout à fait légitimement, concevoir leur propos sans avoir à questionner directement la complexité des rapports, échanges et autres interactions entre ce qu'est la réalité juridique française et ce que sont, respectivement ou ensemble, le mouvement, tout à la fois réel et fantasmatique, d' « américanisation » du droit et le néolibéralisme. Reste que l'ensemble de leurs discours nous adresse cette

---

<sup>14</sup> Comme on peut le voir, ce programme, même s'il ne s'y réduit certainement pas, recoupe en bonne partie la distinction entre *savoir juridique* (objet potentiel de la partie 1) et *état du droit positif* (objet potentiel de la partie 2).

question fondamentale de méthode : comment penser ce système complexe, cette *combinatoire* porteuse de transformations juridiques en chaîne ?

Je n'ai évidemment pas la prétention de régler, ici ou ailleurs, cette question. Toutefois, en prenant appui sur les propos exposés et échangés, mais aussi en se servant des silences, en utilisant le dit sans exclure le non-dit : points aveugles et angles morts, il doit être possible d'avancer quelques éléments de réponse. Notons d'emblée, afin d'en dessiner les contours, que rien n'interdit de développer une problématique de l'« américanisation » du droit sans une référence obligée à celle du néolibéralisme<sup>15</sup>. Ainsi a-t-on pu parler du droit de la responsabilité<sup>16</sup>, ou encore du droit du procès<sup>17</sup>, avant même que les débats relatifs au néolibéralisme aient trouvé tous leurs prolongements dans le champ de droit. Inversement, il n'est aucunement nécessaire de solliciter un éventuel processus d'« américanisation » de notre système normatif pour questionner les implications juridiques du néolibéralisme. Il n'empêche qu'en l'occurrence les acteurs réunis pour le présent colloque devaient se demander si, et jusqu'où, les changements perceptibles dans l'état de notre droit portent la double marque de l'« américanisation » et du néolibéralisme. L'analyse de ces transformations juridiques, telles qu'elles ont été décrites par les orateurs, me semble pouvoir être simplement restituée à partir d'une distinction très *didactique* entre certitudes et interrogations.

### Certitudes

Il est au moins une chose sur laquelle le doute n'a plus guère de prise : depuis les années 80, le système français du droit est traversé par un processus de changement que l'on peut qualifier de *global*, non seulement parce qu'il trouve une traduction dans l'ensemble des secteurs et branches constitutifs du droit<sup>18</sup>, mais encore parce qu'il se fait sentir tout à la fois dans l'ordre du droit positif et dans l'espace de la pensée juridique<sup>19</sup>. Dans ce grand cycle de

---

<sup>15</sup> V. notamment F. Terré, *L'américanisme et le droit français*, *Philosophie politique* 1995-7. 137-147.

<sup>16</sup> V. par exemple, L. Engel, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine*, *Esprit*, juin 1993, p. 5-31, et, L. Cohen-Tanugi et M. Ruegg, « Responsabilité civile : la dérive des continents ? », *Le Débat* 1993-76.137-146.

<sup>17</sup> V. L. Cadet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité, dans L'américanisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, 2001-45. 89-115.

<sup>18</sup> Le programme du colloque réfléchit cette réalité, qui s'est voulu ouvert sur le droit public, mais encore sur le droit privé, sur le droit national mais sans omettre le droit supranational.

<sup>19</sup> Ainsi de la constitution d'un courant doctrinal qui s'emploie à conceptualiser le *droit global*. Dans une littérature énorme, v. par exemple, parce que ce texte a acquis valeur d'une sorte de manifeste, B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, *L'émergence du droit administratif global*, *Revue inter. de droit économique*, 2013/1, p.37-58. V. aussi, D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers du Droit*, 2012-53/1.3-48 ; A. Guilmain, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *Revue québécoise de droit international*, 2013-26/2. 219-236. V. encore S. Cassese, *Au delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

mutations, certaines influences se font plus sensibles que d'autres. Je ne surprendrai personne en rappelant qu'on les trouve du côté d'une double évolution concomitante : la globalisation des échanges « travaille » le droit dans le même temps que l'approfondissement de la construction économique européenne. Cette double évolution n'est certainement pas étrangère à certaines logiques de *domination* ou à certains phénomènes de *mimétisme* qui sont pareillement à l'œuvre, aujourd'hui, dans le droit positif et la doctrine des juristes.

Comment cette nouvelle réalité juridique s'est-elle construite et continue-t-elle de se construire ? Même si ce mouvement ne se fait pas à sens unique, il n'est pas moins vrai que, via la globalisation et l'eupéanisation des rapports sociaux en général, le droit national s'ouvre de plus en plus aux influences de la culture juridique anglo-saxonne<sup>20</sup>. Et l'on sait très bien que cette dernière est forte de préférences marquées qui trouvent dans le droit applicable leur expression. Or, ces préférences la portent tout particulièrement à privilégier certains *modèles économiques*. Le juriste y reconnaîtra sans mal ceux qui sont revendiqués par les acteurs de la nébuleuse néolibérale, quelles que soient les variations et les différences qui les distinguent, selon qu'ils relèvent des formes américaine, allemande ou française du néolibéralisme<sup>21</sup>.

Structuré autour d'une référence cardinale et inlassablement répétée à l'économie concurrentielle de marché<sup>22</sup>, le droit de l'Union européenne – et avant lui, le droit communautaire – offre, à n'en point douter, un terrain propice à la propagation des manières américaines, et plus largement anglo-saxonnes, de pratiquer et de penser le droit, et à travers celles-ci à la valorisation de certains modes de gouvernance transposés de l'entreprise jusque dans le champ du politique et de l'action politique<sup>23</sup>. Du fait de son impérialisme actuel le droit de la concurrence contribue à la diffusion de la *forme* entreprise au sein du corps social tout entier<sup>24</sup>. Certes la doctrine des administrativistes français s'est bien employée à allumer une sorte de contre-feu en développant la thèse d'un droit spécifiquement public de la concurrence<sup>25</sup>. Mais aussi public soit-il, ce droit-là

---

<sup>20</sup> Pour une analyse fouillée de ce processus, v. A-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2003.

<sup>21</sup> Je reprends ici la typologie que propose M. Foucault dans son cours du Collège de France pour l'année 1978-1979, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard/Seuil, coll. « Hautes études », 2004.

<sup>22</sup> Voyez la contribution de L. Potvin-Solis insistant sur les concepts économiques qui structurent le droit de l'Union européenne.

<sup>23</sup> V. en particulier le rapport de F. Bonneville.

<sup>24</sup> Cherchant à décrire la spécificité du « modèle » néolibéral américain, C. Laval observe (*préc.*, p.54 et 55) : « La nouveauté tient donc dans la conception de l'individu comme entreprise ou, mieux, comme *entrepreneur de lui-même*.(...) Toutes les activités et toutes les institutions, dont la famille, sont assignables au fonctionnement d'une entreprise devant combiner des *inputs* rares (temps) et coûteux (achats) en vue de la production d'*outputs* spécifiques ».

<sup>25</sup> V. le texte-manifeste de M. Bazex, « Le droit public de la concurrence », *RFDA* 1998. 781 et s. V. aussi S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. « Droit. Systèmes », 1ère éd. 2005.

ne reste pas moins informé par la notion d'entreprise, ou, si l'on préfère, tributaire d'un même et unique paradigme entrepreneurial. Le récit désormais intarissable de la *gouvernance* dit la prégnance, jusque dans la sphère publique, de cette nouvelle rationalité venue du monde de l'entreprise<sup>26</sup>.

Il ne s'agit pas d'affirmer, par ces remarques, que le processus d'« américanisation » de notre système juridique s'accomplirait du fait de la seule mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Les transformations de la réalité juridique sont autrement variées et subtiles. Elles passent encore par des mécanismes intellectuels ou certains montages matériels qui, s'ils n'ont rien de juridique, génèrent des normes de comportement que la juridicité finit par intégrer : on pense à ce qui nous a été dit, dans des domaines par ailleurs dépourvus de tous liens, des « *nudges* »<sup>27</sup> ou de l'institutionnalisation de grandes places financières<sup>28</sup>. Il n'empêche qu'il y a dans les modes de penser propres au droit de l'Union européenne, une représentation des rapports entre l'économie, le juridique et le politique qui contribue à rendre notre système juridique plus perméable à des croyances et à des pratiques tirées de l'expérience américaine du droit. C'est bien parce que le droit communautaire s'est largement construit en empruntant à la culture juridique anglo-saxonne que le droit applicable en France a pu – quand il n'a pas dû – se montrer, en fonction des situations, plus ou moins accueillant aux influences américaines en particulier et anglo-saxonnes en général.

### **Interrogations**

1.- Encore convient-il de s'accorder sur ce dont on parle en termes d'influence(s) ! Avancer que le droit français est ou serait influencé, via l'« américanisation » de la société, par le néolibéralisme (ou, via ce dernier, par la culture juridique américaine), qu'est-ce que cela peut bien vouloir dire<sup>29</sup> ? Les usages du mot « influence » se prêtent à nombre de variations<sup>30</sup>. Celles-ci peuvent notamment concerner l'intensité de l'influence mais aussi ses modalités.

Sur le registre de l'intensité, l'influence peut se faire plus ou moins diffuse, du fait de la multiplication des interactions en tous genres qui est l'une des marques de la globalisation ; mais elle peut encore se manifester à travers de véritables changements de paradigmes : en pareil cas, on passe d'une logique d'hybridation plus ou moins marquée de la matière juridique, à une modification

---

<sup>26</sup> V. plus spécialement en ce sens les analyses de F. Bottini et J-F. Kerléo.

<sup>27</sup> V. la contribution d'A. Sée.

<sup>28</sup> V. le rapport de F. Bonneville.

<sup>29</sup> Question que pose explicitement G. Lô dans son rapport.

<sup>30</sup> Seul le rapport de M. Cuq retient expressément le mot « influence » dans son titre. Mais il est nécessairement là en creux, dans les intitulés qui mettent en avant la notion d'« américanisation ». V. les rapports d'A. Cayol, de G. Lô, de B. Daugeron et de C. Puigelier.

autrement radicale de la représentation du monde portée par un système juridique. Il n'est plus alors seulement question d'un *changement de physionomie* du droit, mais de ce que l'on pourrait appeler un *changement d'esprit* du droit.

A ces variations d'intensité, s'ajoute la diversité des modes d'influence. Il me semble que les discours entendus au Havre permettent d'en discerner principalement trois. a) L'influence se découvre tout d'abord dans l'expérience du mimétisme institutionnel<sup>31</sup>. Ici, une technologie juridique particulière se retrouve, tant bien que mal, d'un système juridique à l'autre. Les exemples n'ont pas manqué : qu'il s'agisse de la référence appuyée au Congrès américain dans les débats institutionnels français<sup>32</sup>, de l'information par le droit américain du régime français de l'état d'urgence<sup>33</sup>, de la part de l'héritage américain dans le développement en France des autorités administratives indépendantes<sup>34</sup>, ou encore de la banalisation des méthodes alternatives de résolution des conflits<sup>35</sup> comme des modes d'évaluation de la recherche scientifique<sup>36</sup>. b) L'influence peut aussi se vérifier dans l'adoption de certaines manières d'être, de comportements individuels et/ou collectifs : les sociologues parleraient de stratégies d'acteurs dans le champ du droit. Ainsi pour le traitement juridique des problèmes que pose la filiation des enfants nés par « gestation pour autrui » : le libéralisme américain n'est pas sans informer les postures entre lesquelles se construit le débat juridique<sup>37</sup>. De même a-t-on pu constater, sur un tout autre plan, qu'avec le néolibéralisme dont le droit européen a favorisé la diffusion en Europe, certaines pratiques religieuses elles-mêmes ont fini par se « marchandiser » et constituer, comme aux États-Unis, un business florissant<sup>38</sup>. c) Enfin, il est une troisième manière de mesurer l'influence, en prenant en compte certains états de fascination intellectuelle. Il n'est plus alors question de comportements d'acteurs se servant du droit pour faire entendre leur cause. Il ne s'agit plus non plus de répéter ou de dupliquer, plus ou moins fidèlement, telle ou telle institution ou technique juridique. Cette fois ce sont des concepts, des façons de penser que l'on voit se reproduire, en passant d'un système politico-juridique à l'autre. Ce phénomène – on peut ici parler de *mimétisme intellectuel* – qui a pris dans certaines départements de la science politique notamment une dimension spectaculaire (pensons en particulier à l'étude des politiques

---

<sup>31</sup> C'est elle très précisément qu'explore dans son rapport B. Daugeron.

<sup>32</sup> V la communication d'A. Canayer.

<sup>33</sup> V. le rapport de M. Beye.

<sup>34</sup> V. les analyses de J. Chevallier.

<sup>35</sup> V. les réflexions d'A. Niang.

<sup>32</sup> V. le rapport de C. Puigelier.

<sup>36</sup> V. les remarques de C. Puigelier.

<sup>37</sup> V. la démonstration, nuancée, de L. Vielpeau et A. Gorand.

<sup>38</sup> Tel est le thème traité par P. Gast.

publiques puis de l'action publique) n'a pas épargné les disciplines du droit : le thème même du colloque du Havre invite à insister plus spécialement sur la manière dont le courant *Law and Economics* est en train de marquer l'activité juridique tout entière, dans sa double dimension de production politique de normes et de production théorique de concepts<sup>39</sup>. Le succès actuel de ce que l'on appelle les « approche(s) économique(s) du droit ne pourrait-il pas valablement s'étudier comme l'une des réponses possibles à notre question : qu'en est-il en France du néolibéralisme et de l'« américanisation » du droit<sup>40</sup> ?

2.- Revenons à notre notion-clé : l'influence (ou les influences). Le colloque du Havre ne permet pas d'en faire la théorie. Mais on ne saurait lui en faire reproche. Pour une raison simple mais décisive : conduire pareille entreprise suppose, pour le moins, de solliciter en même temps que des juristes – même entendus au sens large du mot – des économistes et des sociologues. C'est qu'il importe de s'interroger sur les acteurs ou réseaux d'acteurs dont les jeux croisés permettent aux influences de vraiment s'accomplir. Bref, il faut identifier l'existence de « passeurs », comme on peut le faire dans le cadre de l'analyse des politiques publiques<sup>41</sup>. Ces « agents de passage » sont au demeurant nombreux et multiples, on y compte, bien sûr, certains auteurs de référence<sup>42</sup>, mais aussi des organisations internationales (au premier rang desquelles on retrouve inmanquablement la Banque mondiale, l'OCDE et le FMI), des grandes entreprises, des cabinets d'affaires, mais aussi certaines sociétés de pensée, au premier rang desquelles la fameuse Société du Mont-Pélerin fondée par Hayek en 1947. C'est dans ce réseau d'acteurs institutionnels que se sont construits les codes du futur *new public management* qui vont rapidement prospérer, au point de devenir hégémoniques à partir de la seconde moitié des années 80.

C'est donc à l'étude sociologique d'un processus de diffusion d'idées et de modèles intellectuels qu'il faudrait pouvoir se livrer. Et il n'est pas sûr que les juristes soient les mieux placés pour faire aboutir pareille enquête, car elle implique des recherches et des méthodes de recherche qui ne font nécessairement partie de leurs habitudes professionnelles. C'est dire qu'une bonne part des questions introduites par le titre *Néolibéralisme et américanisation du droit* sont vouées à demeurer ouvertes ! Si nous pouvons être sûrs que dans l'actuel mouvement de transformation de notre droit, l'« américanisation » – et avec

---

<sup>39</sup> V. le chapitre 7, *Calculer l'incalculable : la doctrine Law and Economics*, du livre d'A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France, 2012-2014, Paris, Fayard, col. « Poids et mesures du monde », 2015.

<sup>40</sup> V. de ce point de vue les rapports d'A. Sée et d'A. Cayol.

<sup>41</sup> V. pour illustration, B. Jobert (dir.), *Le tournant néolibéral en Europe*, Paris, L'Harmattan, 1994.

<sup>42</sup> Pour ce qui concerne la pénétration en France du néolibéralisme américain, on pense au rôle joué par certains économistes formés aux États-Unis, et qui évolueront, eux aussi, dans le cadre de la société du Mont Pélerin : F. Aftalion, H. Lepage, J-J. Rosa, notamment. V. là-dessus, l'ouvrage précité de C. Laval, p. 94 et s.

elle, le néolibéralisme – prend toute sa part, cette caractérisation reste elle-même problématique : phénomène tout à la fois *subi*, parce qu’il montre la capacité des États-Unis à projeter leurs modèles hors de leur propre territoire<sup>43</sup>, et *désiré*, parce qu’il est un effet de la fascination qu’exercent sur certaines communautés intellectuelles les réalisations et la culture américaine du droit<sup>44</sup>, l’« américanisation » reste bel et bien en attente d’une théorie juridique.

\*

Admettons, pour clore cette première partie, que ce qui s’est fait entendre principalement – autrement dit, « dans l’ensemble » ou « en gros » – au Havre sous le nom d’américanisation, désigne un double mouvement juridique dont on retrouve, d’une manière ou d’une autre, les *traces* dans la plupart des discours. Ainsi de cette *tendance* générale à introduire le droit dans le champ de l’analyse économique, à le considérer à la manière d’une variable économique *parmi* d’autres, même si on ne la prend pas pour une variable *comme* les autres. Tel est l’un des signes de reconnaissance du néolibéralisme américain : il développe une propension particulière à tirer vers l’économie des phénomènes sociaux qui, *a priori*, ne relèvent pas de la sphère de l’économie<sup>45</sup>. Ce qui, ici, autorise à parler d’« américanisation » tient au *déplacement* qu’est en train de connaître le droit : la problématique de la validité qui est traditionnellement celle de la juridicité *tend* à se trouver délaissée, au profit d’une autre logique, celle de l’attractivité économique du droit. Une formule de Michel Foucault me semble résumer parfaitement cette grande mutation : « Alors que le XIXe siècle avait cherché à établir, en face et contre la démesure de l’action gouvernementale, une sorte de juridiction administrative qui permettait de jauger l’action de la puissance publique en termes de droit, on a là une sorte de tribunal économique qui prétend jauger l’action du gouvernement en termes strictement d’économie et de marché »<sup>46</sup>. Au total, c’est le questionnement dont le juridique fait l’objet qui est partout habité par le souci économique. A côté de cette tendance lourde, une place revient à un mouvement plus spécifique qui participe bien entendu du courant dominant : la généralisation de la forme, ou du modèle de l’entreprise qui se fait pratiquement mode de lecture de l’ensemble des rapports sociaux. Autant de propositions qui me semblent pouvoir être résumées dans cette thèse

---

<sup>43</sup> Comment ne pas penser à l’*extra-territorialité* du droit américain des affaires ? V. sur cette question les réflexions de G. Quintane. V. aussi les remarques de M. Cuq relatives à la façon dont le point de vue américain a pu influencer jusqu’aux modes d’écriture des Accords de Paris sur le changement climatique.

<sup>44</sup> Le livre cité supra de L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l’État*, en offre, jusqu’à la caricature, une démonstration édifiante.

<sup>45</sup> V. en ce sens la leçon datée du 14 mars 1979 de M. Foucault, dans *Naissance de la biopolitique*, précité, p.221 et s.

<sup>46</sup> V. M. Foucault, même ouvrage, p.253

qu'énonce C. Laval<sup>47</sup> : « C'est donc l'économie politique qui est le guide de tout réaménagement du droit public et c'est l'utilité qui devient le critère de l'action publique, comme ce sont les intérêts qui sont la matière, la cible et le moyen du gouvernement ».

\*

## **Figures du changement juridique**

*(ou comment se présente l'économie des rapports entre le système juridique français, le néolibéralisme et l'américanisation du droit ?)*

Avec ce deuxième temps de l'exercice s'ouvre un nouveau registre : il s'agit maintenant d'en venir à une écoute plus littérale de chacun des discours, afin de prendre mieux la mesure de ce que notre droit reçoit, ou rejette, des influences américaines. Les orateurs – c'est du moins ainsi que je les ai entendus – ont, dans l'ensemble et pour l'essentiel<sup>48</sup>, fait le choix d'une même thématique, pour décrire notre situation juridique, dresser l'état juridique des lieux : celle d'un changement tout à la fois avéré et « contrarié ». A dire vrai, on ne saurait vraiment s'en étonner ; en présence d'un questionnement sur le droit indexé sur la problématique des influences, la structure des réponses avait de fortes chances d'être du type « oui, mais », ou « non, mais ». Tantôt on fait plutôt prévaloir ce qui, dans le changement juridique français se construit, plus ou moins, sous influence américaine ou, plus largement, anglo-saxonne ; tantôt on fait le choix inverse, en mettant l'accent sur ce qui demeure insensible ou résiste à ces mêmes influences.

### **Un processus avéré**

C'est assurément l'une des grandes leçons livrées par le colloque : le néolibéralisme dans sa version anglo-saxonne ne se limite pas à informer la gestion publique des rapports économiques. Il n'est pas seulement une manière de repenser et de réformer le système des relations qu'entretiennent et que forment l'État et le marché. Il se veut un modèle social à part entière, dans le sens

---

<sup>47</sup> V. Foucault, *Bourdieu et la question néolibérale*, précité, p. 38.

<sup>48</sup> Cette nuance n'est pas introduite ici par hasard. Elle renvoie aux doutes exprimés çà et là sur le bien-fondé même d'une référence au thème de l'« américanisation ».

où il travaille ou fait travailler l'ensemble des échanges sociaux. S'il implique l'État dans son acception la plus large, il entend « remuer » la société civile dans le même mouvement. C'est la raison pour laquelle il est partout à l'œuvre dans le droit, qu'il affecte également le droit politique, le droit de l'action publique et le droit privé, qu'il intéresse indifféremment le droit interne et le droit international. Au delà de la technologie juridique, ce sont les modes de penser et d'argumenter, les manières de *figurer* juridiquement la réalité présente et à venir qui se *déplacent* comme je l'ai dit plus haut. À travers cette logique néolibérale, c'est un projet global de société qui doit prendre corps. Voilà pourquoi il ne laisse rien au hasard et n'épargne rien : l'État, les institutions et les politiques publiques bien entendu, mais aussi la famille et la filiation, les modes d'action privés, sans oublier le langage et les codes sociaux, ou encore la religion et jusqu'à la symbolique du pouvoir institutionnel<sup>49</sup>.

Le droit ne peut que témoigner de ce chambardement en cours dès lors qu'il s'agit ainsi de substituer l'*homo oeconomicus*, pour reprendre une fois de plus les mots de Foucault<sup>50</sup>, « à la conception traditionnelle, à la conception juridique, absolutiste ou pas d'ailleurs, du souverain ». À bien des égards, réfléchir sur l'américanisation du droit, c'est suivre ce processus au terme duquel l'*homo oeconomicus* parvient à investir l'« habitat » de l'*homo juridicus*<sup>51</sup>. Sans que l'on puisse attribuer aux orateurs du colloque une volonté commune de décrire globalement ce cheminement, chacun d'entre eux, tout en s'en tenant à un objet spécifique, montre comment et jusqu'où s'y effectue l'investissement économique de la matière juridique.

De la combinaison des discours entendus, il résulte que derrière les usages auxquels se prête la notion d'« américanisation » du droit, trois grandes figures du changement juridique se dessinent : la première fait prévaloir une nouvelle lecture de la société, de l'État et de l'appareil administratif, la seconde une nouvelle lecture du droit lui-même, et la troisième une nouvelle lecture du monde des juristes.

#### *Nouvelle lecture de la société, de l'État et de l'appareil administratif.*

Derrière la problématique de l'« américanisation », toute une représentation des rapports sociaux est au travail ; une vision du monde qui privilégie l'économie, une manière économique de se situer dans le monde. Pour faire court, avec l'« américanisation » – avec toute cette ambiguïté dont reste chargée

---

<sup>49</sup> V. le rapport de F. Delaporte.

<sup>50</sup> V. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 296.

<sup>51</sup> V. sur cette notion A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005, et, à propos de cet ouvrage, J. Caillosse, « Le juriste occidental en son théâtre », *Droit social* 2006-2. 206-215.

la notion – une manière nouvelle de *déchiffrer* le monde à partir de sa lecture économique s’est imposée. Elle repose sur des calculs de rentabilité. Et cette façon d’appréhender la vie sociale implique tout à la fois les rapports États / Société et les relations interindividuelles, c’est-à-dire le droit public comme le droit privé, comme s’il était possible de penser indifféremment l’intérêt public et les intérêts privés. La notion de gouvernance chère à une pensée gestionnaire que l’on sait tributaire des manières anglo-saxonnes de raisonner et d’argumenter<sup>52</sup>, n’a-t-elle pas égale vocation à s’appliquer à la direction des entreprises et à la conduite du gouvernement des hommes en général ?

La question du statut actuel de l’État et de ses réagencements institutionnels n’a pas manqué, on s’en doute, d’informer l’ensemble des travaux du colloque – même lorsqu’elle ne constituait pas le thème affiché du discours. Indissociable de la mondialisation comme d’une construction européenne ouverte à ses influences<sup>53</sup>, l’« américanisation » a été présentée comme l’un des principaux facteurs de transformation du système étatique français, qu’il soit regardé dans son organisation, dans son fonctionnement ou dans son contrôle. C’est à toute cette machinerie qu’il faut remonter pour comprendre, par exemple, la volonté parfaitement assumée des acteurs étatiques de renoncer à certains de leurs pouvoirs. Ils se font les agents d’un programme tendant à la prise en charge par l’État de son propre dépouillement : le développement d’une justice arbitrale contractualisée<sup>54</sup> – dans laquelle on a pu voir l’expression d’une certaine *reféodalisation*<sup>55</sup> – en est l’une des possibles illustrations. On ne quitte pas ce même registre des mutations institutionnelles de l’État accomplies sous influence anglo-saxonne avec J. Chevallier décrivant la promotion des Autorités administratives indépendantes sur le modèle des *Independent Regulatory Agencies* américaines, ou le Président Michaut faisant état de formes de contrôle des gestions publiques inspirées, elles aussi, de l’expérience américaine.

### *Nouvelle lecture du droit.*

---

<sup>52</sup> A. Supiot (*La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 71) en fait la présentation suivante : « L’enracinement de la *common law* dans la casuistique permet de comprendre pourquoi l’ordre juridique y est conçu de façon plus réticulaire que pyramidale. Cet ordre se dégage de façon inductive à partir des actions et des individus, et non pas de façon déductive, à partir d’un intérêt général incarné par l’État. Dans un tel ordre, il n’y a pas vraiment de place pour ce que nous appelons le droit, au sens d’un droit national, identifié à l’État et à un territoire ».

<sup>53</sup> Là-dessus, v. les analyses de M. Bruno, pour qui « l’influence du droit des États-Unis d’Amérique et de ses pratiques politiques sur le droit de l’Union Européenne est une évidence ».

<sup>54</sup> V. le rapport d’A. Niang.

<sup>55</sup> V. P. Legendre, *Remarques sur la re-féodalisation de la France*, in *Études en l’honneur de G. Dupuis*, LGDJ, Paris, 1997, p. 200-211, et, A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale*, in S. Chassagnard-Pinet et D. Huez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, coll. « *Droit et Société* », 2007, p.19-44.

Parler d'une « américanisation » du droit indexée sur les modes de pensée néolibéraux, c'est faire le constat – s'il répond favorablement à l'attente de certains, mais en l'occurrence ils se font plutôt rares, il est pour les autres l'occasion d'une réflexion critique et inquiète – d'une double mutation du champ juridique hérité de la longue histoire française. Outre l'ouverture du droit tout entier au calcul économique, il lui faut désormais compter avec des formes inédites de normativité qui le concurrencent et tendent à la marginaliser, cela même qu'avait identifié ailleurs J. Chevallier en décrivant le déclin de la régulation juridique<sup>56</sup>.

Ce dans quoi se réfléchit en priorité l'influence américaine, ou plus largement anglo-saxonne, c'est dans cette combinaison devenue aujourd'hui quasi systématique du droit et de l'économie. Comme s'il nous était devenu impossible de concevoir l'écriture du premier sans une écoute préalable des exigences de la seconde. L'exercice de la fonction juridique *tend* à s'accomplir sous commandement de la raison économique. Le processus d'« américanisation » du modèle juridique français a pour conséquence première la relativisation de la ligne de partage entre le public et le privé. Ce n'est pas que ces deux sphères se confondent, mais elles sont travaillées toutes deux par les mêmes préoccupations. Qu'elle soit de droit privé ou de droit public la règle juridique est sous influence tendancielle<sup>57</sup> du même calcul économique. Rappelons-le, cette même règle, selon les préceptes du mouvement *Law and Economics*, doit être pensée pour permettre aux acteurs d'agir dans le sens d'une plus grande efficacité économique. Comme l'écrit ici A. Cayol, « Si l'influence tant du droit américain que de l'analyse économique du droit est indéniable sur la responsabilité civile, il en est de même en droit des contrats, ce dernier semblant désormais principalement conçu comme un instrument au service des échanges économiques ». Jusqu'au droit de la famille qui se prête désormais à l'analyse économique<sup>58</sup>, au même titre que le droit administratif<sup>59</sup>, et le même prisme de lecture est susceptible d'être mis en œuvre pour le droit applicable aux institutions religieuses<sup>60</sup> et celui qui régit les institutions politiques<sup>61</sup>, etc...

Mais au delà de ces redéploiements internes de la juridicité, nous sommes invités, c'est tout le sens des contributions de J-F. Kerléo et d'A. Sée, à nous interroger sur le *statut* même de cette dernière. Ce dont parlent en effet ces auteurs, c'est de techniques nouvelles de régulation des conduites individuelles

---

<sup>56</sup> V. J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001-49. 827 et s.

<sup>57</sup> Il y a un certain temps déjà que la doctrine de droit administratif s'emploie à saisir le phénomène de contractualisation de cette matière et même si l'on parle ici de contrat de droit public, force est de reconnaître le déplacement de cette institution vers le droit commun.

<sup>58</sup> V. la contribution d'A. Gosselin-Gorand et de L. Mauger-Vielpeau.

<sup>59</sup> V. les communications de G. Lebreton et d'A. Sée.

<sup>60</sup> Les remarques de P. Gast vont en ce sens.

<sup>61</sup> V. notamment les analyses d'A. Canayer et celles de B. Daugeron.

et collectives, de formes inédites de normativité initiées aux États-Unis, qui contribuent à une certaine marginalisation de la norme juridique traditionnelle. C'est le cas de la pratique dite du *Name and Shame* dont les usages sont passés de la sphère marchande à l'espace public. A partir du moment où l'État lui-même s'approprie ces techniques relevant, c'est selon, de la preuve, de la diffamation, de la dénonciation calomnieuse, de l'alerte éthique, etc... on peut affirmer écrit J-F. Kerléo que « Le *Name and Shame* annonce la diminution de la portée symbolique du droit ainsi que la concurrence croissante des stratégies d'influence sur la contrainte juridique. De ce point de vue, l'ordre économique prend le pas sur l'ordre juridique ». Les *Nudges* évoqués par A. Sée relèvent de la même logique : produits de travaux américains de psychologie comportementale, ce sont des outils mentaux destinés à orienter le comportement des individus vers des choix réputés plus rationnels. Voilà un nouveau type de normes sociales dépourvues de caractère prescriptif, réputées agir par voie d'incitation ou de recommandation et qui, désormais, participent pleinement à la mise en œuvre de certaines politiques publiques, dans les domaines de la santé publique, ou encore de l'environnement et de l'énergie par exemple. Ces *Nudges* affirme A. Sée « sont des normes non juridiques, non contraignantes, qui apparaissent comme une normativité concurrente au droit administratif ». Partout ici il s'agit de montrer comment le raisonnement sur les conduites sociales fondé sur des considérations économiques aboutit aussi à privilégier des formes de normativité sociale alternatives au droit, ou participe, si l'on veut, d'un processus de déconstruction du droit traditionnel. Certes, tout cela pourrait trouver place du côté de cet ensemble flou que constitue le *droit souple*, mais encore faudrait-il trouver les moyens de contrôler la légalité de ces « préceptes » qui n'en sont pas.

#### *Nouvelle lecture du monde des juristes.*

J'en conviens par avance : ce thème ne figure nulle part, en tant que tel, dans le programme du colloque. Une raison simple m'oblige pourtant à l'évoquer. Avec ce qu'il est ici convenu d'appeler, sur le mode métaphorique, l'« américanisation » du droit, l'univers mental des juristes s'est recomposé sur de nouvelles bases, intellectuelles autant que matérielles d'ailleurs. Nul besoin de lui ménager l'espace d'une communication spécifique : cet objet-là a fini par se trouver partout, derrière le discours de la doctrine ! Il lui fournit un répertoire complet, ainsi que les méthodes de lecture capables de lui donner formes et sens. Les auteurs ici convoqués nous donnent à voir cette problématique sous deux angles principaux.

Leurs textes nous disent tout d'abord à quel point l'écriture doctrinale du droit, qu'il s'agisse du droit public ou du droit privé, du droit national comme du

droit international, est devenu tributaire de certains modèles de pensée économique. À la manière des économistes qui ont investi le champ de la juridicité, les juristes ont appris à questionner le droit du point de vue de son attractivité économique. À bien des égards la pratique de cette interrogation permet de tracer une ligne de partage entre une vieille théorie quelque peu réfractaire à ce nouveau paradigme et la doctrine moderne qui en fait son horizon de pensée. Les analyses rassemblées dans le présent ouvrage le montrent une fois encore : tout se passe désormais comme s'il fallait aux juristes penser et parler *à la manière* des économistes. S'il n'est pas sûr que ces derniers y retrouvent leur discipline intellectuelle, il n'est pas certain non plus que le droit dont les économistes s'estiment porteurs fasse de ceux-ci des juristes estimables ! C'est une autre histoire me dira-t-on, mais elle fait s'interroger sur la nature même de cet hybride dénommé « analyse économique du droit ».

Si telle est, sans nul doute, la leçon la plus « visible » de notre colloque, il en est une autre que l'on aurait tort de tenir pour accessoire, même si elle nous est livrée de façon beaucoup plus confidentielle. Elle concerne la langue dans laquelle s'élabore de plus en plus le savoir juridique. Il ne s'agit nullement en l'occurrence de se porter en défense d'on ne sait quel nationalisme linguistique mais de s'interroger sur ce que signifie pour la recherche juridique les usages quasi obligés de l'anglais. Même si l'analyse ici proposée de l'américanisation du droit de la recherche<sup>62</sup> n'évoque pas cette question, elle y trouve toute sa place. On pense tout particulièrement aux codes et aux standards des politiques d'évaluation de la recherche : tout ici se passe en anglais<sup>63</sup> et il n'est pas difficile de comprendre pourquoi, au regard des pratiques académiques les plus courantes – celles que continuent de faire prévaloir les Facultés de droit –, la majeure partie de la recherche juridique française se trouve ignorée des instances d'évaluation<sup>64</sup>.

Il m'est impossible de refermer cette rubrique sans adopter, pour saisir le sujet dans son ensemble, un troisième point de vue : la *conversion*, tendancielle, des juristes à des lectures économiques du droit largement empruntées au corpus juridique anglo-saxon ne s'est pas faite sans entraîner d'importantes conséquences matérielles ou pratiques. De plus en plus regardé et utilisé comme un gisement potentiel de ressources économiques, le droit installe d'emblée ceux qui en ont la manœuvre dans le système des relations marchandes. Du fait même des potentialités économiques dont elle est riche, la doctrine n'est-elle pas appelée à changer de statut, et les juristes à changer de métier ? Si ce n'est pas

---

<sup>62</sup> V. le texte de C. Puigelier.

<sup>63</sup> Il y a là, de toute évidence, une manifestation de ce *soft power* américain dont il est question dans le texte de G Quintane !

<sup>64</sup> Pour une tentative de réflexion sur ce sujet, v. J. Caillosse, « L'évaluation de quel droit ? », *Droit et Société* 2017-96. 403-420. Cette étude est un commentaire de l'ouvrage dirigé par T. Tanquerel et A. Flückiger, *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux et méthodes – Assessing Research in Law. Stakes and Methods*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », Bruxelles, 2015.

ici le lieu de développer pareille problématique<sup>65</sup>, elle ne constitue pas moins l'un des non-dits du colloque sur lequel le rapport de synthèse doit, pour le moins, appeler l'attention.

### **Un processus « contrarié »**

C'est là, à mes yeux, l'autre leçon principale de notre colloque : aussi avéré soit-il, le processus d'« américanisation » n'implique en aucune façon *défaite* du système juridique « américanisé ». Si influence américaine il y a, il lui faut compter avec le droit originaire comme, plus largement, avec les traditions politiques. Ainsi se constitue une sorte d'« entre-deux », d'« écart », pour parler comme F. Jullien<sup>66</sup>, dont l'identité dépend des modes d'affirmation que développe le droit informé par l'« américanisation ». Non seulement cette dernière n'est pas toujours franche car, pour s'accomplir, il lui faut s'adapter ; sans doute se produit-elle, mais c'est au prix de sa propre transformation, ou de son hybridation. Encore n'est-il pas rare qu'elle se heurte à des blocages liés à de véritables résistances : l'américanisation n'est pas simplement contrariée, elle peut être alors carrément rejetée.

### *Hybridation.*

Il s'agit de montrer, par l'ouverture de cette rubrique, que la transposition en droit français de la technologie juridique d'origine américaine est rarement *franche*. Celle-ci fait la plupart du temps l'objet d'une réappropriation, d'un *recodage* au cours duquel elle connaît bien des adaptations, au point d'être travaillée de l'intérieur par les formes et autres marques françaises du droit concerné<sup>67</sup>. De ce processus d'hybridation, le colloque a donné nombre d'illustrations, et dans les domaines les plus divers. On s'en tiendra à quelques exemples emblématiques : ceux-là ont fait l'objet de développements éclairants

---

<sup>65</sup> V. quelle forme lui a donné A. Supiot dans « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les Cahiers de Droit* 2001-42/3. 595-614 ?

<sup>66</sup> Sur le sens et les fonctions de ces notions, v. F. Jullien, *Il n'y a pas d'identité culturelle*, Paris, Carnets de l'Herne, 2016, notamment p. 33 et s.

<sup>67</sup> Cette question est aussi examinée par B. Plessix dans son *Droit administratif général* (Paris, LexisNexis, 2ème éd., 2018, §207) à partir du concept d'« externalisation » dont on sait qu'il a été porté par le management privé, à partir de sources américaines (sur cette question v. L. Vanier, *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, 2018). L'auteur commence par montrer comment le néolibéralisme anglo-saxon est en train d'influencer les pratiques administratives françaises. Il voit notamment dans la banalisation de l'externalisation une illustration de ce phénomène général. Reste que le droit français s'emploie en même temps à retrouver ses propres marques, jusque dans ces pratiques nouvelles. Ainsi voit-on à l'œuvre une volonté persistante de « publiciser » les activités privées impliquées par l'externalisation. Le Conseil d'État ne fait-il pas apparaître des activités publiques conduites en forme privée dans le cadre du droit public ? Tel est le cas des contrats de prestation de sécurité privée dans les aéroports, qualifiés de contrats administratifs par le juge. V. à l'appui, CE, 3.6.2009, *Sté Aéroports de Paris*, Rec. p.216, concl. B. Dacosta).

que l'on peut placer sous le signe du « droit américain autrement », pour reprendre les mots d'A. Cayrol.

F. Bottini est de ceux qui ont installé la problématique de l'hybridation au cœur de leur propos. L'État stratège qu'il décrit emprunte largement au droit comme aux pratiques américaines, mais ces emprunts ne se conçoivent pas sans adaptations aux traditions françaises. L'auteur fait ainsi valoir que « le modèle forgé Outre-Atlantique a aussi forcé la France à repenser son modèle de société, de façon à concilier l'héritage du solidarisme et du Conseil national de la Résistance avec la libéralisation de l'économie nationale induite par la mondialisation ». Certaines manières de penser et d'écrire le droit demeurent, qui font la différence et empêchent toute réception sans transformation : « L'État stratège semble décidé à capitaliser sur son héritage passé en se démarquant à deux égards de l'orientation prise par le modèle américain. Outre qu'il privilégie le droit écrit sur la casuistique, il continue de préférer les catégories rationnelles au cas par cas ». Bref, l'influence juridique américaine, aussi prégnante soit-elle, ne peut produire matériellement ses effets qu'à travers des *filtres* juridiques nationaux qui modifient le droit reçu.

L'examen par J. Chevallier de la réception française du modèle d'administration régulatrice indépendante en vigueur aux États-Unis participe de cette même logique : elle ne se réalise qu'au prix d'une adaptation. L'expérience institutionnelle américaine est ici aussi recodée. Elle fait l'objet d'une réappropriation destinée à la rendre compatible avec l'architecture étatique traditionnelle. L'auteur parle de l'« acclimatation » des techniques comme des principes propres au modèle influent. De ce fait, poursuit-il, « La réappropriation se double d'une réinvention qui aboutit à des constructions originales ».

Il est un troisième exemple de ces « montages » hybrides dont la notion sans rigueur d'« américanisation » pourrait bien gommer la singularité. Il nous est donné par l'analyse des réformes en cours du droit français des obligations. A. Cayrol ne manque pas d'arguments pour démontrer que si du droit américain s'implante dans l'espace juridique national à la faveur de réformes récentes – en l'occurrence, celles du droit des contrats et du droit de la responsabilité –, c'est en vérité sous une forme modifiée, car il n'y est pas reçu sans le travail de recodage que lui impose la tradition juridique française. Celle-ci s'ouvre, en droit des obligations, aux commandements de l'attractivité économique, mais ce n'est pas pour lui faire perdre son vieux marquage social et moral.

### *Résistances.*

Avec la notion d'hybridation, l'observation se portait sur les modes de *réception* du droit américain (ou plus largement du droit anglo-saxon) par le droit français. Qu'elle soit ou non désirée, l'influence du premier sur le second n'est

pas franchement douteuse. Il y a bien changement du droit sous influence, mais c'est un changement qu'on peut dire *arrangé* : les éléments nouveaux subissent à leur tour certaines métamorphoses que leur impose la réécriture par le droit existant, pour prix de leur réception. Ce dernier peut se faire moins conciliant et résister à sa propre transformation dès lors qu'elle est perçue comme une remise en cause.

Les différences d'ontologie juridique dont il a été fait état ci-dessus n'ont rien d'innocent. Elles invitent à faire preuve de beaucoup de *prudence* lorsque l'on parle, non sans une certaine légèreté parfois, d'« américanisation » du droit. Ces conseils de prudence, les participants du colloque du Havre n'ont pas manqué de les recevoir. Ils ont été fortement sollicités de regarder partout où le droit national oppose une économie singulière – peut-être vaut-il mieux écrire une identité singulière – à ce qui est perçu comme une remise en cause portée par l'« américanisation »<sup>68</sup>. Partout, ça résiste, donc ? Cette interrogation désigne aussi bien des institutions, des notions et autres catégories juridiques, ou encore certains secteurs particuliers de l'action publique.

Prendre la mesure du *changement* juridique que produit vraiment le processus dit d'« américanisation » exige, pour le moins, l'estimation préalable des réactions institutionnelles que ce mouvement suscite. Les institutions ne sont pas faites d'une matière disponible. Elles ont leurs façons de réagir aux intérêts et aux forces mobilisées pour les faire « bouger ». Il a beaucoup été question lors du colloque du Havre de ces réactions que font entendre les acteurs institutionnels. Ces derniers, pour mieux assurer leur durée, savent invoquer l'histoire ou les tradition(s), les codes et les usages, etc...Il s'agit par-là de prévenir des transformations tenues pour inopportunes. On peut pour assurer les fondements de cette proposition évoquer, par exemple, la résistance qu'ont pu offrir ou qu'offrent les hautes juridictions françaises à certaines évolutions du droit où des manières anglo-saxonnes de penser la chose juridique se font plus spécialement sentir. Cela a pu un temps être le cas de la Cour de Cassation face aux mutations du droit de la filiation<sup>69</sup>, cela est le cas pour le Conseil d'État juge de l'intérêt général, même si dans le même temps des manières managériales d'évaluer, directement issues de la RCB américaine, informent sa jurisprudence<sup>70</sup>. De manière beaucoup plus générale, c'est de la résistance du modèle parlementaire français aux influences américaines qu'il faut encore parler : si ces dernières, nous a-t-on dit, se font sentir dans l'évolution des

---

<sup>68</sup> Pareille posture n'a évidemment rien d'une nécessité. Elle me semble devoir être ici adoptée, car la rencontre havraise a clairement fait entendre un discours dominant en ce sens. Rien n'empêche d'imaginer un colloque construisant un tout autre récit !

<sup>69</sup> V. l'étude d' A. Gosselin-Gorand et L. Mauger-Vielpeau.

<sup>70</sup> V. le texte de G. Lebreton.

procédures, elles n'atteignent pas pour l'heure les grands équilibres institutionnels<sup>71</sup>.

La dynamique de l'« américanisation » se heurte par ailleurs aux obstacles que lui opposent certaines catégories ainsi que certains concepts du droit national. On se gardera de ne voir là que pures réactions théoriques. Ces instruments de l'entendement juridique ne manquent pas de force matérielle. Celle-ci dépend des appropriations « politiques » dont ils peuvent être l'objet et de l'enjeu. Cela s'est vu tout spécialement à travers les usages jurisprudentiels de la notion d'intérêt général. Le Conseil d'État ne s'est certes pas privé, avec son fameux bilan coût-avantages, d'emprunter aux modes managériaux de pensée anglo-saxons pour *construire* une définition nouvelle de l'intérêt général, mais il s'est réservé la possibilité de le faire advenir, à la manière de cette notion transcendante qu'il a toujours été<sup>72</sup>. Il en va de même, en droit civil, avec les emplois juridiques auxquels se prête aujourd'hui la catégorie de contrat : sa plus grande adaptation aux préoccupations marchandes ne l'empêche pas de demeurer un vecteur de valeurs morales et sociales<sup>73</sup>.

Il est enfin une troisième manière d'évaluer la portée réelle des changements que l'« américanisation » fait subir aux conceptions et pratiques françaises du droit. On parlera en l'occurrence d'une mesure indirecte des effets produits par cette transformation générale des représentations indissociable de la mondialisation et de la construction européenne, car il s'agit de faire état de secteurs d'activités qui, plus que d'autres, semblent bien conserver l'essentiel de leur identité juridique<sup>74</sup>. P. Barban a évoqué l'un de ces secteurs en prenant l'exemple de la défense nationale et du droit applicable à la force armée. Il montre pourquoi le concept américain de « société militaire privée » se heurte en France à des obstacles juridiques décisifs. Or, ces sociétés, déclare-t-il, « sont apparues à la toute fin du dernier millénaire, comme résultat d'une convergence entre une philosophie néolibérale favorisant le *New Public Management* et les événements géopolitiques majeurs de cette époque ». Reste que la délégation de fonctions militaires à des entreprises privées est aujourd'hui peu compatible avec le droit français<sup>75</sup>. L'auteur parle « d'une résistance structurelle de notre ordre juridique à son américanisation. La concurrence qu'exerceraient les sociétés

---

<sup>71</sup> Cette thèse développée par A. Canayer se fait entendre également, sous des modalités différentes, dans les discours de M. Beye ou de B. Daugeron.

<sup>72</sup> V. les exemples fournis en ce sens par G. Lebreton.

<sup>73</sup> Il y a en droit français, avance A. Cayol, une catégorie de contrat dont l'identité persiste, par-delà son rapprochement avec le droit américain.

<sup>74</sup> Les exemples ici retenus concernent plus spécialement le champ de la sécurité et de la défense. Ils n'ont bien sûr rien d'exclusif. Ainsi du droit applicable aux institutions et pratiques religieuses. P. Gast le montre sous influence américaine, tout en faisant comprendre comment la loi de 1905 de séparation de l'Église et de l'État contribue à endiguer cette influence.

<sup>75</sup> Encore que la question de la privatisation de la force est bel et bien en train d'être posée. V. les réflexions sur le sujet de C. Vigouroux, *Du juste exercice de la force*, Paris O. Jacob, 2017.

militaires privées avec un service public régalién de la défense nationale constitue un obstacle ». On le suivra volontiers dans une démonstration montrant que ce n'est pas seulement la technologie juridique qui fait ici barrage au modèle américain, mais encore des usages du droit tributaires de croyances politiques dominantes. Or, en cette matière, celles-ci fondent des manières juridiques d'agir qui font barrage au processus d'« américanisation » : « Si de nombreux pans du service public ont pu être abandonnés, il existe un domaine réservé qui ne cède pas aux sirènes du marché. En somme, il existe des domaines où l'américanisation du droit est neutralisée par l'esprit d'un système juridique ». C'est un peu le même argumentaire que développe M. Beye interrogeant l'hypothèse d'une américanisation des pouvoirs de crise en France, face à la menace terroriste. Si le droit français évolue ici sous influence potentielle du droit américain, celui du *Patriot Act*, il « demeure fortement ancré dans ses aspirations propres ». D'où cette conclusion, dont on peut imaginer qu'elle peut faire débat : « Le droit français ne peut être défini comme ordre normatif entièrement américanisé. De fait, il possède des spécificités immuables propres à préserver l'État de droit, malgré la menace terroriste actuelle ».

\* \*

\*

Une possible conclusion générale de notre colloque me semble pouvoir tenir dans ce constat, assez largement partagé par les orateurs<sup>76</sup>, selon lequel l'expérience juridique française – et c'est bien pourquoi on peut, c'est selon, s'en réjouir ou le déplorer ! – vaut développement d'une thèse : la société ne se réduit pas à un marché sur lequel interviennent des opérateurs économiques agis par une volonté commune de valoriser leurs ressources respectives. Telle est la raison pour laquelle le mouvement tendanciel d'« américanisation » du droit que porte le néolibéralisme (ou qu'à l'inverse ce dernier provoque) rencontre ici certaines résistances qu'il ne connaît pas nécessairement ailleurs, ou du moins qu'il ne connaît pas avec la même intensité ou sur le même mode<sup>77</sup>.

Ces résistances, à quoi tiennent-elles ? Quels en sont les ressorts ? Il ne paraît pas absurde de les situer dans les *jeux* si singuliers qu'autorisent les usages politiques de la catégorie juridique du « public ». Malgré l'importance des mutations étatiques (l'expression est à prendre dans son sens large : elle s'entend aussi des rapports qu'entretient l'État avec la société civile) en cours – car il ne

---

<sup>76</sup> C'est du moins ainsi que je les ai entendus.

<sup>77</sup> On peut même défendre cette thèse pour mettre en doute, ou peut s'en faut, la réalité des changements institutionnels. C'est, dans une large mesure, cette voie qu'emprunte P. Birnbaum (*Où va l'État ?*, *op. cit.*), en réponse à l'ouvrage de P. France et A. Vauchez, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2017.

s'agit surtout pas de les banaliser –, malgré les infléchissements spectaculaires de notre topographie juridique, surtout depuis le début des années 80<sup>78</sup>, le grand partage public/privé continue tant bien que mal de résister<sup>79</sup>. Aussi affecté et dévalorisé soit-il, il *tient* encore. Comme le fait le Conseil d'État lui-même, aussi bien en sa qualité de juridiction administrative suprême qu'à titre de grand conseiller de l'État, lorsqu'il fait comprendre l'impossibilité de juger la chose publique ainsi qu'on le fait pour les particuliers. Il y a là comme une matrice politique et juridique que les mouvements croisés de l'« américanisation » du droit et du néolibéralisme ne sont pas encore parvenus à désactiver<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Sur le choix de cette datation déjà proposée, v. C. Laval, *préc.*, p. 94 et s., le chapitre intitulé *L'actualité du néolibéralisme à la fin des années 70*.

<sup>79</sup> C'est bien le sens de la démonstration de G. Lebreton à propos de la « résistance » de la catégorie « intérêt général ».

<sup>80</sup> Autre chose serait de s'interroger sur ce qu'il en est, à présent, de l'État social. V. sur ce thème A. Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Fayard et Collège de France, Paris, 2013.

# TABLE DES MATIÈRES

## **Préface**

Par J.-M. PONTIER ..... IX

## **Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit véhiculé par le droit américain (propos introductifs)**

Par F. BOTTINI..... X

### I.

#### *LES NOTIONS DE NÉOLIBÉRALISME ET D'AMÉRICANISATION : CONVERGENCES ET DIVERGENCES*

#### **Les projets de traités libéraux de commerce et de services impulsés par les États-Unis**

Par J.-P. LECOQ ..... 3

#### **Aux origines de la démocratie moderne : les exemples contrastés de la France et des États-Unis**

Par J. BOUVERESSE ..... 18

#### **La marchandisation du religieux**

Par P. GAST .....38

#### **L'américanisation du monde : sa réalité et son avenir**

Par G. LÔ .....58

#### **La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation relative à la filiation des enfants nés par gestation pour autrui : une victoire du libéralisme américain ?**

Par A. GORAND et L. MAUGER-VIELPEAU ..... 64

#### **Le droit d'une superpuissance fragilisée**

Par G. QUINTANE .....80

## II.

### *LA NEOLIBERALISATION DU DROIT COMME MANIFESTATION DE L'AMÉRICANISATION DU MONDE*

<b>La logique entrepreneuriale, les <i>nudges</i> et l'action publique locale</b> Par S. LUCIENNE .....	96
<b>Les valeurs de la dette publique</b> Par F. BONNEVILLE .....	102
<b>Les autorités administratives indépendantes : un produit d'importation ?</b> Par J. CHEVALLIER .....	112
<b>Le droit administratif à l'épreuve des <i>Nudges</i></b> Par A. SEE .....	127
<b>Les politiques publiques en matière scolaire des deux côtés de l'Atlantique</b> Par M. DEBENE.....	142
<b>L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité ?</b> Par A. CAYOL .....	154
<b>L'usage politique du <i>Name and Shame</i> et le droit</b> Par J. _F. KERLEO.....	172
<b>Une américanisation du droit de la recherche scientifique français ?</b> Par C. PUIGELIER .....	194
<b>Le droit franco-américain de l'arbitrage commercial international, d'un libéralisme l'autre</b> Par A. NIANG .....	208

<b>L'influence de la position américaine sur l'élaboration et la mise en œuvre de l'Accord de Paris</b>	
Par M. CUQ .....	220

### III.

#### *LA NEOLIBERALISATION DU DROIT COMME LIMITE A L'AMÉRICANISATION DU MONDE*

<b>Les évolutions du Parlement français : vers un Congrès à l'américaine ?</b>	
Par A. CANAYER .....	234
<b>Peut-on parler d'une américanisation des institutions politiques françaises ?</b>	
Par B. DAUGERON .....	237
<b>La privatisation de la force armée et le droit français : une résistance à l'américanisation du droit</b>	
Par P. BARBAN .....	263
<b>Les réponses du droit français face à la menace terroriste</b>	
Par M. BEYE .....	283
<b>Le droit administratif français face à la conception américaine de l'intérêt général</b>	
Par G. LEBRETON .....	305
<b>Vers un contrôle des gestions publiques à la mode anglo-saxonne ?</b>	
Par C. MICHAUT .....	313
<b>Les actions de groupe sont-elles d'essence néolibérale ?</b>	
Par B. ALLARD .....	317
<b><i>E Pluribus Unum</i> : de la diversité dans l'unité</b>	
Par F. DELAPORTE .....	331
<b>L'américanisation du droit de l'Union Européenne</b>	
Par M. BRUNO .....	343

**La portée constitutionnelle des concepts du marché intérieur : quelques réflexions sur la fonction fédérative de la jurisprudence de la cour de justice de l'union européenne**  
Par L. POTVIN-SOLIS ..... 357

**Le coq français se prendrait-il pour le pygargue américain ? Réflexions sur la construction d'un État stratège de l'économie**  
Par F. BOTTINI ..... 371

IV.

*CONCLUSIONS*

**La réflexion juridique à l'épreuve du néolibéralisme et de l'« américanisation » du droit**  
Par J. CAILLOSSE ..... 419



*Lucky strike, chewing-gum, Coca cola* : autant de marques que les GIs ont distribué au moment de leur arrivée en Normandie, au sortir de la seconde guerre mondiale, et qui montrent que le débarquement a aussi été l'occasion pour les produits « *made in USA* » de pénétrer le marché français.

75 ans plus tard la question se pose : les États-Unis et leur conception de l'économie sont-ils devenus un modèle, un contre-modèle ou un anti-modèle pour la France ? Si c'est à cette interrogation que tentent de répondre les actes réunis ici au travers d'une analyse économique du droit, la conclusion apparaît toute en nuances.

Ils constituent les trois à la fois, sachant que l'élection, en 2016 de Donald Trump à la présidence des États-Unis semble marquer la fin d'un cycle : dépassé par une conception de l'économie qu'il a lui-même promue à l'échelle internationale tant qu'elle servait ses intérêts, le pays paraît désormais subir de plus en plus la concurrence étrangère, dont celle de la Chine et de l'Europe. Au sein de cette dernière, l'Allemagne et la France semblent désormais reprendre le flambeau du projet de la Charte de l'Atlantique de faire de l'interdépendance des États la condition de la paix dans le monde.

**Maître de conférences-HDR en droit public à l'Université Le Havre-Normandie, Fabien Bottini est directeur-adjoint du LexFEIM, le laboratoire de recherche en droit de l'Université. Auteur d'une thèse sur *La protection pénale des décideurs publics* (Paris, LGDJ 2008), il s'intéresse à la transformation de l'État-nation face au double mouvement de mondialisation et de régionalisation des continents. Il a à ce titre co-dirigé un ouvrage collectif sur le régionalisme (*Le régionalisme et ses limites. Regards croisés franco-kazakhs*, Bruxelles, Peter Lang 2016) et a été le directeur scientifique de plusieurs ouvrages sur la relation État-marché (*L'État interventionniste*, Paris, L'Harmattan 2012 ; *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, Paris, L'Harmattan 2014 ; *Néolibéralisme et droit public*, Paris, Mare & Martin). Il est en outre l'auteur d'ouvrages individuels sur *L'action publique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs* et *Le service public du développement économique* (à paraître en 2019).**